Sistema de Derecho del Trabajo

Vicente-Antonio Martínez Abascal
José Bernardo Herrero Martín



Vicente-Antonio Martínez Abascal
Catedrático y Profesor Emérito de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Rovira i Virgili

José Bernardo Herrero Martín
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Rovira i Virgili

Sistema de Derecho del Trabajo

Vicente-Antonio Martínez Abascal
José Bernardo Herrero Martín

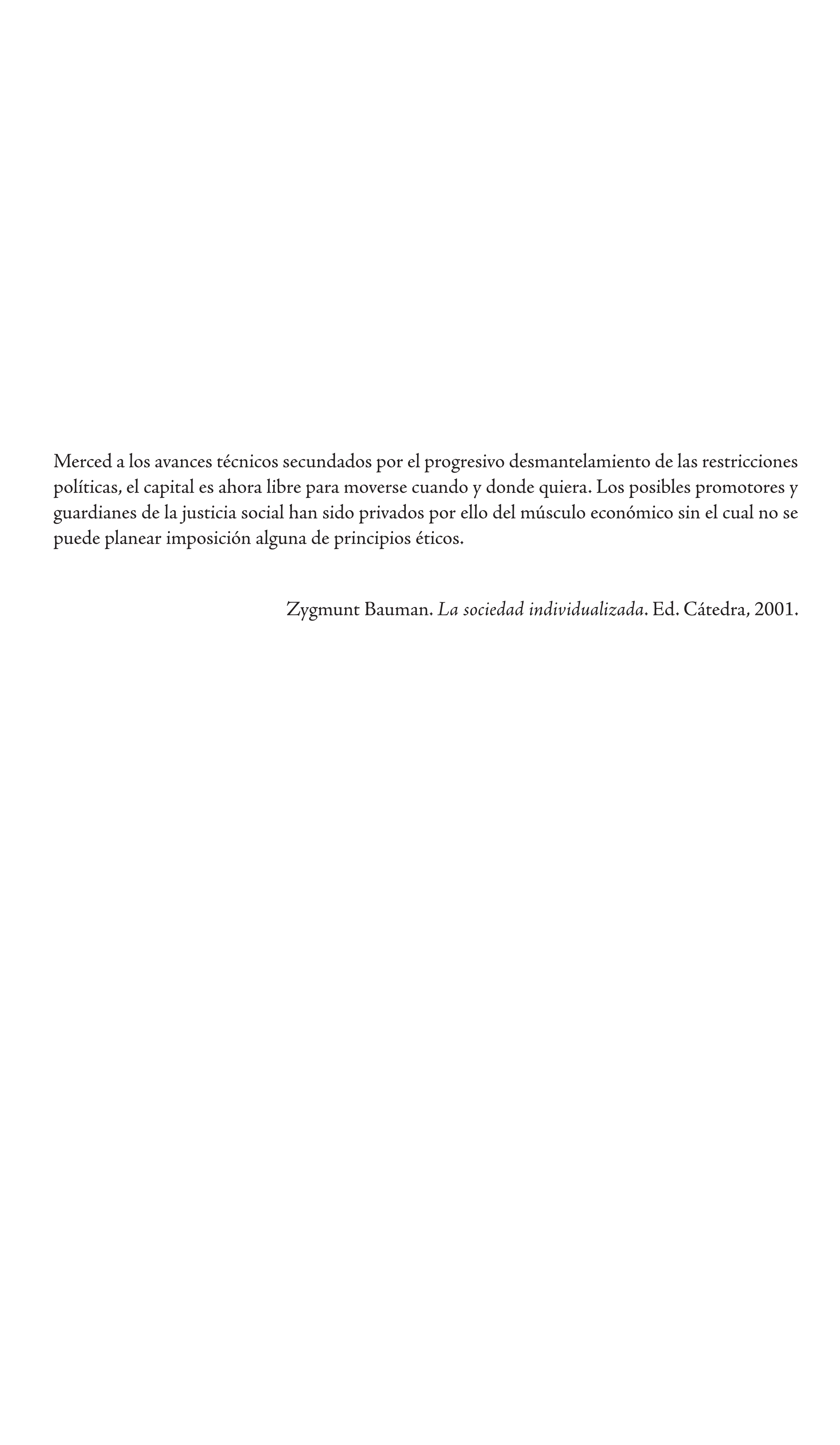


Tarragona, 2015

Edita:
Publicacions URV

1.ª edición: noviembre de 2014
2.ª edición, revisada y actualizada: junio de 2015
ISBN: 978-84-8424-387-8
Depósito legal: T 1086-2015

Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili:
Av. Catalunya, 35 - 43002 Tarragona
Tel. 977 558 474 · publicacions@urv.cat
www.publicacions.urv.cat



Merced a los avances técnicos secundados por el progresivo desmantelamiento de las restricciones políticas, el capital es ahora libre para moverse cuando y donde quiera. Los posibles promotores y guardianes de la justicia social han sido privados por ello del músculo económico sin el cual no se puede planear imposición alguna de principios éticos.

Zygmunt Bauman. *La sociedad individualizada*. Ed. Cátedra, 2001.

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO

Como es sabido, la contingencia constituye una de las señas de identidad del Derecho del Trabajo en el actual sistema económico. Sometido de forma permanente a la evolución que experimentan factores socioeconómicos y políticos de diversa índole, su sino es reflejar ese cambio en distinta medida y bajo una plural gama de explicaciones. En fases de crisis económicas tal cambio suele acentuarse de un modo singular, mediante la falacia argumental de responsabilizar a este sector del ordenamiento de su obsolescencia y de su consecuente escasa adaptación a la nueva situación depresiva, que, por ello, exige una regulación diferente con el principal objetivo de crear y mantener el empleo. Una regulación que, en aparente paradoja, busca desregularizar ese sistema normativo aligerándole del lastre que, al decir de la norma reformadora, obstaculiza el adecuado fomento del empleo. Para esta visión de la realidad social, poco importa que los datos estadísticos y los informes de organizaciones independientes estén lejos de avalar esa perspectiva reduccionista. Porque, bajo el objetivo formal de esta actuación desreguladora en aras de aquel loable fomento, habita la finalidad real, impulsada y puesta en práctica por las élites económicas y financieras, de atravesar la fase depresiva del ciclo abaratando el coste de la fuerza de trabajo, precarizando la estabilidad laboral, empobreciendo el nivel de vida de un elevado porcentaje de la población trabajadora y de quienes de ella dependen y dificultando el ejercicio de los derechos laborales reconstruidos bajo el ariete desregulador.

El último bloque de normas laborales o con incidencia laboral de la actual legislatura sigue obedeciendo a esta finalidad desreguladora, como ya lo hicieran las anteriores, en un periplo que se inicia de modo más patente a partir de 2010. En esta segunda edición del *Sistema de Derecho del Trabajo* se da cuenta de las principales novedades normativas que, en su mayoría, articulan esa finalidad desde que se cerró la anterior edición. En su mayor parte y aunque no siempre se formulen con este carácter, son normas de coyuntura, surgidas como respuesta a la crisis económica que irrumpe en 2008 y por la que aún transita un elevado número de ciudadanos, trabajadores, desempleados, pensionistas o personas dependientes y quienes de ellas cuidan, a despecho de la mejora de algunos indicadores macroeconómicos que no alcanzan a incidir positivamente en las condiciones de vida y de trabajo de gran parte de la ciudadanía social, noción ésta que abarca no solo a los nacionales del estado, sino también a las personas inmigrantes que habitan en el mismo.

El carácter coyuntural de estas normas, como ya sucediera con las precedentes de esta legislatura, ha ido acompañado de una acción normativa abigarrada y poco sistemática, en detrimento de la claridad y seguridad jurídicas que debieran presidir en todo caso dicha acción y en perjuicio, por tanto, de sus destinatarios. Paradigma de ello son las normas destinadas al fomento del empleo en punto a la reducción de los costes laborales directos.

Bajo esa estela coyuntural, entre las normas incorporadas a esta edición cabe destacar la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que regula, entre su heteróclito articulado como ya hiciera el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, del que deriva, una bonificación por la contratación de personas beneficiarias del Sistema Nacional

de Garantía Juvenil; el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo; el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuyo también heterogéneo articulado incluye medidas de orden social relativas al fomento del empleo indefinido y del empleo autónomo; el Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, relativo a la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral; o el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal. Aunque derivado de la negociación colectiva y con un alcance temporal quizá más estable, tampoco escapa al carácter coyuntural que preside la acción normativa de este período el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2017, de 8 de junio de 2015, lo que no le impide abordar, dentro de su plural contenido, propuestas con dimensión garantista en estas materias y en especial por lo que hace al empleo estable, de calidad y con derechos, a los criterios en materia salarial y a los instrumentos de flexibilidad negociada.

Como es obligado, esta nueva edición actualiza la jurisprudencia, interna e internacional. Mención específica merece, en distintos pasajes de la obra, la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, que rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos y disposiciones de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La indudable relevancia de esta resolución es doble. De un lado, porque avala aspectos clave de dicha reforma, en lo relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, a la inaplicación del convenio por decisión de un tercero ajeno a los sujetos que lo pactaron, a la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito superior, a la supresión de la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva en el despido colectivo, a la supresión de los salarios de tramitación en el supuesto de opción empresarial indemnizatoria por despido improcedente y a la exclusión, salvo escasos supuestos, de la aplicación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en las Administraciones Públicas y en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o de varias de ellas y de otros organismos públicos. De otro, dado que dicha resolución resulta controvertida al contar con el voto particular de tres Magistrados, extensamente argumentado y que, por ello, permite realizar su contraste con buena parte de los fundamentos jurídicos de aquélla.

El deseo inmarcesible de los autores sigue siendo facilitar a sus destinatarios un instrumento útil para el estudio, el análisis y la comprensión del Derecho del Trabajo. Para ello no sólo disponemos de nuestro esfuerzo e ilusión renovados, sino que también acogemos con indudable satisfacción todas las sugerencias y críticas que los lectores de la obra deseen hacernos llegar.

Los autores

Tarragona, 30 de junio de 2015

ABREVIATURAS

ACI	Alianza Cooperativa Internacional.
ACIT	Agencia Catalana de la Inspección de Trabajo.
ACV	Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos, de 28 de abril de 1997.
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
ADC	*Anuario de Derecho Civil*.
AENC 10-12	Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, 2010, 2011 y 2012, de 9 de febrero de 2010. Aprobado por Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo.
AENC 12-14	II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, de 25 de enero de 2012. Aprobado por Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo.
AENC 2015-2017	III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, de 8 de junio de 2015. Aprobado por Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo.
AGE	Administración General del Estado.
AINC	Acuerdo Interconfederal sobre la Negociación Colectiva.
AIT	Asociación Internacional de Trabajadores.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AL	Actualidad Laboral.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
art.	artículo (cuando figura entre paréntesis).
arts.	artículos (cuando figura entre paréntesis).
AS	Aranzadi Social.
ASEEP	Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011.
ASEC IV	Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de 10 de febrero de 2009, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2012.

ASEC V	Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos de 7 de febrero de 2012, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2016.
AT	Accidente de Trabajo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
AUH	*Anales de la Universidad Hispalense.*
BDS	*Boletín de Divulgación Social.*
BOE	*Boletín Oficial del Estado.*
BONC	Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva. MYESS
CA	Comunidad Autónoma.
CB	Comunidad de Bienes.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CC	Código Civil.
CCo	Código de Comercio.
CCOO	Comisiones Obreras.
CCT	Conflicto/s Colectivo/s de trabajo, según contexto.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.
CDT	*Cuadernos de Derecho del Trabajo.*
CE	Constitución Española de 1978.
CEDHLF	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
CEPYME	Confederación Española de Pequeñas y Medianas Empresas.
CESE	Comité Económico y Social Europeo.
CFCI	Contrato para el fomento de la contratación indefinida.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CJ	*Cuadernos Jurídicos.*
CNI	Centro Nacional de Inteligencia.
CNSST	Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
COE	Consejo de Europa.
CP	Código Penal.
CSE	Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.
CTA	Cooperativas de Trabajo Asociado.
CTFCI	Contrato de trabajo de fomento a la contratación indefinida.
CTFE	Contrato temporal de fomento del empleo.
CTIAE	Contrato de trabajo indefinido de ayuda a emprendedores.
CTJP	Contrato de jubilación parcial.
CTR	Contrato de relevo.
CTTP	Contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común.
D	Decreto.
DA	Documentación Administrativa.

DAD	Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto. Regula la relación laboral especial del personal de alta dirección.
DADP	Real Decreto 1.331/2006, de 17 de noviembre. Regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.
DAP	Real Decreto 1.435/1985, de 1 de agosto. Regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.
DDP	Real Decreto 1.006/1985, de 26 de junio. Regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.
Decret	Decreto de la Generalitat de Cataluña.
DEH	Real Decreto 1.620/2011, de 14 de noviembre, regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
DIC	Declaración sobre la Identidad Cooperativa. Aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional en el Congreso de Manchester de 23 de septiembre de 1995.
Disp. Adic.	Disposición Adicional.
Disp. Final	Disposición Final.
Disp. Trans.	Disposición Transitoria.
DL	*Documentación Laboral.*
DLE	Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española de la Lengua, 2001 (22.ª ed.).
DLRT	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo.
DMCEE	Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio. Regula la relación laboral especial de los minusválidos en los Centros Especiales de Empleo.
DOCE	*Diario Oficial de la Comunidad Europea.*
DOGC	*Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.*
DOPM	Real Decreto 1.438/1985, de 1 de agosto. Regula la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.
DOUE	*Diario Oficial de la Unión Europea.*
DPECEM	Real Decreto 2.205/1980, de 13 de junio. Regula la relación laboral especial del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.
DPR	Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, Regula la relación laboral de los profesores de religión en centros públicos de enseñanza.
DRPM	Real Decreto 1.774/2004, de 30 de julio. Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
DRS	Real Decreto 1.146/2006, de 6 de octubre. Regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
DTP	Real Decreto 72/2001, de 6 de julio. Regula la relación laboral especial de los penados en centros penitenciarios.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.

EP	Enfermedad profesional.
EP	El Proyecto.
ERE	Expediente de regulación de empleo.
ET	Estatuto de los Trabajadores. Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
ETT	Empresas o empresa de trabajo temporal, según contexto.
EURES	European Employment Services.
EUROSTAT	Oficina Europea de Estadísticas.
EVI	Equipo/s de Valoración de Incapacidades.
EVO	Equipo/s de Valoración y Orientación del grado de discapacidad. Establecidos por Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre y regulada su composición, organización y funciones mediante Orden de 2 de noviembre de 2000.
FDNP	Fijo discontinuo de carácter no periódico.
FDP	Fijo discontinuo de carácter periódico.
FGS	Fondo de Garantía Salarial.
IL	Información laboral.
IMAC	Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
INGESA	Instituto de Gestión Sanitaria.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
INSERSO	Instituto de Servicios Sociales.
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social.
IP	Incapacidad Permanente.
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
ISM	Instituto Social de la Marina.
IT	Incapacidad Temporal.
ITC	Inspección de Trabajo de Cataluña.
ITSS	Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
JLSS	Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social.
LAAMSS	Ley 27/2011, de 1 de agosto. Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
LACIT	Ley 11/2010, de 19 de mayo, de la Agencia Catalana de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
LAEI	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
LAL	La Ley.
LAPAD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.
LAS	Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación sindical.
LBE	Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

LBPL	Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral.
LC	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
LCA	Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia.
LCo	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCT-1931	Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931.
LCT-1944	Ley de Contrato de Trabajo. Texto refundido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944.
LDPJ	Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.
LDT	Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECITI	Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
LECREM	Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
LEGEDIS	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social
LEM	Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.
LEMUCON	Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.
LEMURMEL	Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
LEMURMET	Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
LEPTAMUES	Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LETA	Ley 20/2007, de 11 de julio. Estatuto del Trabajo Autónomo.
LETRANS	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal.
LFO	Ley 10/1994, de 19 de mayo, de fomento de la ocupación.
LGC	Ley 3/1987, General de Cooperativas.
LGO	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
Lib	Libro.
LIEC	Ley 10/1997, de 24 de abril. Regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria.
LINOJ	Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de implantación de la nueva oficina judicial.
LISAC	Ley 31/2006, de 18 de octubre. Regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.
LISE	Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

LISM	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
LMCE	Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
LMELIC	Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.
LMET	Ley 32/1983, de 2 de agosto, de modificación de determinados artículos del ET.
LMUDEO	Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.
LO	Ley Orgánica.
LOCFOP	Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, reguladora de las Cualificaciones y la de Formación Profesional.
LODDGL	Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, regula los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOFCSE	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LOITSS	Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
LOPDP	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género.
LP	Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado.
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
LRET	Ley 11/1994, de 19 de mayo. Modifica el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, sobre Contrato de Trabajo y Relaciones Laborales.
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
LRMT	Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.
LSL	Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.
LTAJ	Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
MATEP	Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
MCSS	Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.
MEYSS	Ministerio de Empleo y de Seguridad Social.
MUCRECE	Ley 18/2014, de 14 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.
MT	Ministerio de Trabajo.
MTI	Ministerio de Trabajo e Inmigración.
NUE	*Noticias de la Unión Europea*.
OCFA	Orden 2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OL	Ordenanza/s Laboral/es.
OM	Orden Ministerial.
ORS	Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1994, sobre el modelo de recibo individual de salarios.
PGD	Principios Generales del Derecho.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 27-4-1977).
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 27-4-1977).
PJ	Poder Judicial.
PLOH	Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de febrero de 1993. Decaído.
RAC	Real Decreto 1.796/2010, de 30 de diciembre. Regula las agencias de colocación.
RAD	*Revista Aranzadi Doctrinal*.
RATBS	*Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*.
RATC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.
RCF	Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, desarrolla el artículo 11 ET en materia de contratos formativos.

RCFA	Real Decreto 1.529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.
RCT	RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada.
RCUE	Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. Regula la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados miembros parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
RD	Real Decreto.
RDA	Real Decreto 1.331/2006, de 17 de noviembre. Regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.
RDAEREM	Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial
RDAJUREM	Real Decreto 3/2014, de 10 de enero, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.
RDCNCP	Real Decreto 1.128/2003, de 5 de septiembre. Regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.
REDE	*Revista Española de Derecho Europeo.*
RDECO	Real Decreto 718/2005, de 20 de junio. Regula el procedimiento de extensión de convenios colectivos.
RDELES	Real Decreto 1.659/1998, de 24 de julio, de desarrollo del artículo 8, apartado 5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato.
RDEEEM	Real Decreto 1.542/2011, de 31 de octubre. Aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.
RDEMDECIN	Real Decreto 1.484/2012, de 29 de octubre, sobre aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios económicos que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores con cincuenta o más años.
RDER	Real Decreto 1.844/1994, de 9 de septiembre. Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.
RDESDES	Real Decreto 371/1987, de 13 de mayo. Reglamento para la ejecución del RDL-ESDES 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques.
RDEX	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
RDFGS	Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.
RDFOPSE	Real Decreto 1.147//2011, de 29 de julio, establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

RDIAAB	Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Reglamento General sobre inscripción de empresas, y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.
RDJE	Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, regula las jornadas especiales de trabajo.
RDL	Real Decreto-Ley.
RDL-CESMEM	Real Decreto Ley 16/2013 de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores
RDL-CONVILA	Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.
RDL-ECREM	Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
RDLEG-PUEM	Real Decreto Legislativo 2/2011,de 5 de septiembre. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
RDL-EMRE	Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación de las personas desempleadas.
RDL-EMSU	Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.
RDL-EPAE	Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.
RDL-ESDES	RD 2/1986, de 23 de mayo. Regula el servicio público de estiba y desestiba de buques. Modificado por Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, en la redacción dada por Ley 33/2010, de 5 de agosto.
RDL-MESFO	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
RDL-MORSO	Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
RDL-MUCRECE	Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, competitividad y eficiencia.
RDL-MUFOCI	Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida.
RDL-MURMEL	Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
RDL-MURMET	Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
RDL-MURNEC	Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, sobre medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
RDL-OMEC	Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero de reforma en materia de infraestructuras y transportes y otras medidas económicas
RDL-PAEM	Real Decreto-ley 16/2014, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

RDL-PROJO	Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.
RDL-RESIFOE	Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.
RDL-TAJ	RDL 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.
RDL-TAPMUES	RDL 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPCEM	Real Decreto 2.205/1980, de 13 de junio. Regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.
RDRE	Real Decreto 1.146/2006, de 6 de octubre. Regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
RDPRODESURE	Real Decreto 1.483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueban los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
RDS	Revista de Derecho Social.
RDSPEE	Real Decreto 1.383/2008, de 1 de agosto, sobre estructura orgánica y participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal.
RDSUBFOE	Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Regula el subsistema de formación profesional para el empleo.
RDTP	Real Decreto 782/2001, de 6 de julio. Regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	*Revista Española de Derecho Constitucional.*
REDE	*Revista Española de Derecho Europeo.*
REDT	*Revista Española de Derecho del Trabajo.*
RESOS	Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.
REST	Revista de Economía y Sociología del Trabajo.
RETA	Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos.
RETM	Régimen Especial de Trabajadores del Mar.
RETT	Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo. Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal.
RGDTSS	Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
RICA	*Revista Internacional de Ciencias Administrativas.*
RIEE	Revista del Instituto de Estudios Económicos.
RIT	Revista Internacional del Trabajo.
RJC	*Revista Jurídica de Cataluña.*
RJN	*Revista Jurídica de Navarra.*

RMEYSS	Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
RMTAS	*Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*
RMTI	Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
ROFIT	RD 138/2000, de 4 de febrero. Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero. Reglamento Penitenciario.
RPC	Revista de Política Comparada.
RPS	*Revista de Política Social.*
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero. Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.
RL	Relaciones Laborales.
RLCUE	Reglamento 492/2011, de 5 de abril, del Parlamento Europeo, sobre libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
RT	*Revista del Trabajo.*
RTL	Revista Técnico Laboral.
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social.
RVAD	Revista Vasca de Administración Pública.
SCP	Sociedad civil particular.
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal.
SFOEM	Subsistema de formación profesional para el empleo.
SIMA	Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.
SINGAJ	Sistema Nacional de Garantía Juvenil.
SMI	salario mínimo interprofesional.
SNCFP	Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional.
SNE	Sistema Nacional de Empleo.
SPE	Servicio Público de Empleo o Servicios Públicos de Empleo, según contexto.
SPECA	Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas o de la Comunidad Autónoma, según contexto.
S/SS	Sentencia/s.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (25 de marzo de 1957).
TCCE/VC	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Versión consolidada tras las modificaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFD	Trabajo/s fijo/s discontinuos/s, según contexto.

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, adoptado mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifica, cambiando su denominación, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
Tít	Título.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRL	Tribuna Laboral.
TL	*Temas Laborales*.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
TRADE	Trabajador/es o trabajo autónomo económicamente dependiente, según contexto.
TRS	Tribuna Social.
TUE	Tratado de la Unión Europea (Maastrich, 7 de febrero de 1992). Versión consolidada mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.
UE	Unión Europea.
UGT	Unión General de Trabajadores.
VVAA	Varios autores.

PARTE PRIMERA:

BASES, FUENTES Y APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

CAPÍTULO 1:
BASES CONCEPTUALES E HISTÓRICAS
DEL DERECHO DEL TRABAJO

I. BASES CONCEPTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Concepto de Derecho del Trabajo

El concepto de Derecho del Trabajo es el punto de llegada de un determinado proceso histórico-normativo, de modo que ese concepto debería ofrecerse una vez quedara expuesto dicho proceso. Pero esta visión evolutiva debe ceder el paso a un enfoque de corte pedagógico, que aconseja identificar primero el mencionado concepto en la normativa actual, a fin de delimitar la zona de la realidad socioeconómica objeto de regulación y analizar después cómo se va configurando normativamente esa realidad en el devenir histórico.

La delimitación conceptual del Derecho del Trabajo ha de construirse sobre un criterio objetivo, que tome en cuenta como eje de su formulación la materia regulada, es decir, el objeto o parcela de la realidad social sobre la que se proyecta este sector del ordenamiento jurídico. En este sentido, es preciso subrayar que la identificación del Derecho del Trabajo vigente desde hace tiempo no se ciñe tan sólo a la regulación del trabajo asalariado, como arquetipo de actividad laboral sobre el que se ha centrado y se centra de modo preferente la atención del legislador. Desbordando ese límite tradicional, esta disciplina comprende hoy en día otros tipos de trabajo dependiente, a saber: el trabajo autónomo y el realizado por los funcionarios, aunque tales tipos queden sometidos tan sólo de modo parcial a la misma.

Teniendo pues presente la paulatina ampliación que ha experimentado la parcela de la realidad social sujeta a las normas laborales, el Derecho del Trabajo puede definirse *como el sistema de principios y normas, heterónomo y autónomo, que regula, con distinto alcance, determinados tipos de trabajo dependiente y su instrumental entramado de relaciones laborales.*

Este concepto descriptivo de la disciplina laboral, está integrado por los siguientes elementos: sistemático, constitutivo, objetivo e instrumental.

A) Elemento sistemático

La referencia al *sistema normativo* (principios y normas) en la delimitación conceptual del Derecho del Trabajo pretende subrayar dos cuestiones. En primer lugar, que, en su configuración vigente, esta disciplina responde a la idea e ordenamiento autónomo, de sistema propio de ordenación jurídica y, por tanto, de sistema dotado de autonomía jurídica, científica y didáctica. Como todo sistema jurídico, el Derecho

del Trabajo pretende alcanzar una coherencia reguladora plena, pero distintos factores lo impiden. Entre los principales figuran la frecuencia de los cambios normativos —especialmente intensa en este sector del ordenamiento—, la dificultad estructural de conciliar los intereses en conflicto y la impericia del legislador, en los distintos niveles, de especial intensidad en esta zona del ordenamiento dado el enorme volumen de convenios colectivos de trabajo existente.

El surgimiento de este sector diferenciado en el ordenamiento jurídico ha permitido configurar un auténtico Derecho especial, desgajado del tronco del Derecho común. No obstante, esta separación es relativa puesto que no significa ruptura de la unidad de dicho ordenamiento, ni tampoco que se nieguen o pasen por alto las conexiones que esta disciplina mantiene con el mismo, ya sean sustantivas (por ejemplo, el contrato de trabajo), ya sean adjetivas (por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva: art. 24.1 CE), ya sean supletorias (por ejemplo, la eficacia general de las normas jurídicas: arts. 6 y 7 CC).

En segundo término, ha de subrayarse que el sistema normativo del Derecho del Trabajo comprende determinados principios y normas. Provistos los primeros de funciones reguladoras, aplicativas e interpretativas y entendidas las segundas como proposiciones generales y abstractas. Pero también incluye (Kelsen) los mandatos individualizados (por ejemplo, los contenidos en las sentencias o en los actos administrativos), e incluso las relaciones y las reglas jurídicas (por ejemplo, las derivadas de la elaboración de los convenios colectivos). Todo este conjunto de principios, normas, mandatos, relaciones y reglas permite visualizar la disciplina como un sistema dotado de una estructura dinámica, en la que, por tanto, existe una permanente adecuación a determinados intereses, gobernada por reglas de formación y transformación relacionadas entre sí (por ejemplo, para la coordinación o la modificación de lo pactado a nivel individual o colectivo), con capacidad de autorregulación, lo que determina la existencia de ciertos mecanismos orientados a su conservación y eficacia (por ejemplo, prórroga automática del convenio colectivo estatutario si no existe denuncia en tiempo y forma o pacto que excluya la denuncia y la prórroga) y con una marcada complejidad, habida cuenta de los distintos poderes normativos que confluyen en la configuración y aplicación del sistema.

El sistema normativo del Derecho del Trabajo revela una configuración y un alcance objetivo peculiares. De un lado, se estructura en cuatro subsistemas normativos articulados en función del específico objeto de regulación sobre el que cada uno de ellos se proyecta: el Derecho Individual del Trabajo, el Derecho Colectivo del Trabajo, el Derecho Administrativo del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo.

De otro lado, dicho sistema no se aplica con igual extensión a todos los tipos de trabajo que el mismo regula con distinto alcance, dada la pluralidad de títulos jurídicos que facultan para realizar una actividad laboral dependiente.

B) Elemento constitutivo

El sistema normativo en que se articula el Derecho del Trabajo —concebido como acaba de señalarse en el apartado anterior— obedece a un origen *heterónomo y autónomo*. Cuando se alude a este doble origen de la disciplina, se pretende poner de manifiesto que las fuentes de producción del Derecho y de las obligaciones en el ordenamiento laboral discurren, a partir del nacimiento de la disciplina como sistema normativo y una vez superada su fase formativa, a través de dos vías de producción normativa, en cuya virtud el Derecho del Trabajo adquiere carta de naturaleza constituyéndose como tal.

De un lado, la acción normativa del Estado y de las organizaciones internacionales. Actuación heterónoma y, por tanto, externa a los sujetos de las relaciones laborales, pero no por ello menos determinante para la propia existencia de la disciplina, dado el intenso papel que tiene el intervencionismo del Estado en las relaciones laborales a través del Derecho necesario. Sus instrumentos principales son los principios y las normas jurídicas de carácter laboral, estatales, autonómicas, comunitarias e internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias. Junto a ellas, y en congruencia con el sistema normativo en el que

se insertan, también se sirve de mandatos individualizados y de relaciones y reglas jurídicas derivadas de aquellos principios y normas.

De otro, la acción autónoma de los sujetos de las relaciones colectivas de trabajo. Se trata de una actuación interna de aquellos sujetos de enorme trascendencia conceptual y aplicativa, aunque la misma se desenvuelva en el marco de una habilitación específica reconocida por la norma estatal a aquellos sujetos como consecuencia del desarrollo y actuación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empresarios. Esta acción puede producir normas en sentido jurídico estricto (por ejemplo, un convenio colectivo estatutario) o actos o acuerdos no normativos (por ejemplo, los estatutos de un sindicato o los acuerdos de interés profesional). Cuando esta posibilidad de acción autónoma es suprimida o desvirtuada por las dictaduras de todo signo no puede hablarse en rigor de un auténtico sistema normativo de Derecho del Trabajo tal y como se configura en los regímenes democráticos (*infra* III, 3).

Con todo, la falta de un tratamiento homogéneo del trabajo dependiente comporta que el alcance de esta doble acción normativa sea diverso en función de la tipología que reviste ese trabajo. De ahí que dicha acción sólo tenga acogida de modo pleno para el trabajo asalariado, lo tenga de forma limitada, con una naturaleza y un régimen jurídico distintos, para el trabajo en régimen administrativo y resulte orillada en otros supuestos, aunque la norma laboral sirva de modelo para éstos hasta cierto punto y se aplique en ciertos aspectos, como sucede, por ejemplo, con la relativa a la jurisdicción social (TRADE y trabajo cooperativo asociado).

C) *Elemento objetivo*

El sistema normativo del Derecho del Trabajo acota una determinada parcela de la realidad social, que constituye su objeto al regular *con distinto alcance, determinados tipos de trabajo dependiente*. Esta regulación ha de acomodarse a dos clases de presupuestos: sociales y jurídicos. Los primeros constituyen la antesala necesaria para que los segundos puedan operar. A su vez, los presupuestos jurídicos admiten una doble clasificación. De un lado, los presupuestos genéricos. Deben considerarse como tales los que definen el contorno básico del trabajo objeto de regulación por las normas laborales, trazando sus líneas maestras con vocación de permanencia. De otro lado, los presupuestos específicos, que, en el marco de los criterios básicos establecidos por los presupuestos genéricos, despliegan de forma circunstancial una función delimitadora de cierre del tipo laboral regulado mediante las exclusiones e inclusiones que, por distintas razones jurídicas o extrajurídicas, bien el legislador, bien la jurisprudencia, llevan a cabo en orden a confirmar o exceptuar la existencia de alguno o algunos de los presupuestos genéricos.

Las citadas exclusiones e inclusiones pueden incidir, de forma plena o limitada, sobre los distintos ámbitos materiales en que la normativa laboral se proyecta, es decir, sobre las relaciones de trabajo individuales, colectivas, administrativas y judiciales. La extensión de dicha incidencia depende del tipo de trabajo regulado por la norma laboral: el trabajo asalariado, el trabajo autónomo y el trabajo funcionarial.

a) Presupuestos sociales

a') Trabajo humano

Presupuesto social primario del ordenamiento laboral es el trabajo humano, esto es, el realizado por la persona. Ello no supone que toda persona esté capacitada legal o funcionalmente para prestarlo, pues este extremo está sometido a la delimitación trazada por la norma jurídica. Significa que el trabajo aquí considerado no es el de otros seres vivos, objetos o mecanismos, sino tan sólo el que desarrolla la persona física, bien de forma directa, bien utilizando instrumentalmente en su quehacer laboral la energía o la funcionalidad de medios de producción no dotados, por tanto, de conciencia humana. Estos medios pueden ser objeto de regulación por la norma laboral, pero sólo en la medida en que cumplan una deter-

minada función instrumental respecto del trabajo humano (por ejemplo, la utilización de una probeta o de un automóvil como medios auxiliares del trabajo).

b') Trabajo productivo

El trabajo humano regulado por el Derecho del Trabajo ha de ser, asimismo, productivo. Pero no en el sentido de que haya de subvenir únicamente a las necesidades de subsistencia de la persona, pues, aunque ello sea lo habitual, en ciertos casos el trabajador tiene otras fuentes de renta que le permiten subsistir y el trabajo productivo se realiza así por otras razones (por ejemplo, prescripción facultativa o mero placer). De modo diverso, el trabajo productivo del que se ocupa esta disciplina es el esfuerzo humano aplicado al proceso de producción o distribución de bienes o servicios a fin de atender a un conjunto de necesidades humanas. Tres precisiones deben hacerse a este respecto.

La primera de ellas sitúa, en principio, a la actividad humana que deriva del juego o de la formación al margen del trabajo regulado por la norma laboral. Sin embargo, las actividades lúdicas o formativas pueden ser reguladas por el Derecho del Trabajo cuando aparecen como la finalidad propia de una relación laboral individual (por ejemplo, deportistas profesionales) o cuando guardan una conexión funcional con dicha relación (por ejemplo, curso de formación profesional para acceder al trabajo o promocionar en la empresa).

La segunda precisión permite señalar que la calificación del trabajo objeto de regulación por la norma laboral como productivo, no equivale a productividad, entendida ésta como exigencia de un determinado rendimiento en la prestación de trabajo. El trabajo productivo en cuanto requisito social del Derecho del Trabajo se ocupa únicamente de atender a determinadas necesidades humanas, que aquella prestación persigue, sin considerar, en tal plano, el rendimiento, lo que no quiere decir que éste no sea un factor relevante y frecuente en la regulación del trabajo productivo.

La tercera precisión enlaza con la finalidad que el trabajo productivo envuelve y alude a la satisfacción de ciertas necesidades humanas. Estas necesidades son históricamente cambiantes. Algunas de ellas pueden calificarse como primarias o permanentes desde un prisma histórico: alimentación y protección del entorno físico, animal o humano. Otras son derivadas desde esa misma perspectiva, aunque cualitativamente revistan la máxima importancia y estén imbricadas con las anteriores: son todas las relacionadas con el conocimiento y la cultura.

c') Trabajo necesario

La necesidad del trabajo que la norma laboral contempla es susceptible de ser apreciada en un doble plano, social e individual.

Desde un plano social, y bajo una perspectiva histórica, puede constatarse que el trabajo es una condición básica de toda la vida humana en sociedad. Por muy primitivo o elemental que sea el nivel de organización social, el trabajo es consustancial a todo tipo de sociedad humana. De este modo, la transformación y adaptación de la naturaleza a la satisfacción de las cambiantes necesidades humanas es una constante en la historia del género humano. Esta permanente presencia del trabajo en las sociedades humanas evidencia que se trata de un hecho social necesario, pues la sociedad precisa obtener determinados bienes y realizar ciertos servicios para asegurar la supervivencia de la especie humana.

La evolución histórica del trabajo enseña que, para la mayoría de la población, no se puede vivir sin trabajar, aunque haya excepciones que afectan a distintos colectivos con distinta intensidad y de modo permanente o transitorio. En este caso se encuentran, a título de ejemplo, quienes no pueden realizar una actividad laboral por su situación personal, ya sea debida a enfermedad (incapacitados), a exclusión social (desarraigados), o a limitaciones de carácter físico, psíquico, o sensorial (discapacitados); por su situación familiar (por ejemplo, cuidado de hijos o de parientes); quienes quieren trabajar pero no encuentran tra-

bajo (desempleados); quienes ya no quieren trabajar porque han recorrido el ciclo de su vida laboral activa (jubilados); o quienes no quieren trabajar porque su renta les permite vivir a costa del trabajo ajeno (clases ociosas integradas en las clases dominantes o identificadas con su ideología).

El carácter socialmente necesario del trabajo se limita a constatar que se trata de un hecho social inevitable. En otro plano distinto se mueve la idea de la organización social del trabajo, es decir, de las distintas formas en que el trabajo se divide socialmente, de la paralela configuración del poder de decisión en el proceso de producción y distribución de bienes o servicios y, por tanto, de los modos de apropiación del producto derivado de la actividad laboral. Como se verá en su momento, a lo largo de la historia se han aportado diversas justificaciones a esa organización (por ejemplo, la ley natural o el pecado). Todas ellas han contribuido en distinta medida a legitimar el poder de las clases dominantes y del sistema social vigente en cada momento. Pero ninguna de ellas ha podido alterar la constante necesidad social del trabajo.

La realización de una actividad laboral posee también una dimensión individual, porque el trabajo es un medio muy relevante de socialización de la persona, que permite su integración social. Desde esta perspectiva, existe, ciertamente, una necesidad psicosocial que el trabajo viene a cubrir. No obstante, esa necesidad no llega siempre a materializarse en cuanto a la satisfacción psicológica que el trabajo puede proporcionar. Básicamente porque, en un elevado porcentaje de casos, el tipo de trabajo y/o las condiciones en que se realiza distan mucho de ser satisfactorias para la persona. Pero, desde una perspectiva psicosocial, no cabe duda de que en el trabajo puede desarrollarse, y no es infrecuente que ello suceda, un vínculo de pertenencia del trabajador con su oficio o profesión y con el entorno de trabajo que repercuta positivamente en su autoestima y en la calidad del resultado de su actividad.

b) Presupuestos jurídicos

Acotada mediante los presupuestos sociales la parcela de la realidad social objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, los presupuestos jurídicos (genéricos y específicos) han venido realizando una tarea de deslinde del paradigma sobre el que se ha construido tradicionalmente esa disciplina, esto es, el trabajo asalariado, marcando, al tiempo, la frontera de este tipo de trabajo con otras clases de trabajo dependiente, en especial con el trabajo autónomo y el funcionarial, aunque esa línea de demarcación se traspase con paulatina frecuencia por el legislador mediante la aplicación selectiva de algunas normas laborales a esas dos últimas prestaciones de trabajo.

Los presupuestos jurídicos actúan de forma secuencial. Los presupuestos genéricos asumen una función identificadora inicial, reservando, en principio, para el trabajo asalariado la aplicación del ordenamiento laboral en su conjunto. La función delimitadora de los presupuestos específicos consiste en desvirtuar o confirmar los presupuestos genéricos, bien excluyendo de la aplicación de la normativa laboral otros tipos de trabajo dependiente, bien incluyendo en la misma, de forma plena o limitada, ciertas prestaciones de servicios.

a') Presupuestos genéricos

El artículo 1.1 ET contempla los cuatro presupuestos genéricos requeridos para que una relación individual de trabajo y las que en torno a la misma se construyen (relaciones de trabajo colectivas, administrativas y judiciales) quede sometida, en principio, a la aplicación de esa norma estatutaria y demás concordantes, delimitando así el contorno jurídico del trabajo asalariado. Tales presupuestos son la voluntariedad, la dependencia, la ajenidad y la retribución salarial.

La incidencia de las normas laborales sobre el citado conjunto de relaciones jurídicas en que se diversifica el trabajo asalariado, obedece al proceso evolutivo del Derecho del Trabajo desde su nacimiento hasta la actualidad. La fijación de los límites aplicativos de dichas relaciones a este tipo generalizado de trabajo no es, por tanto, una cuestión únicamente técnica de la que derive el perfil normativo y conceptual del mismo. Por el contrario, el trazado técnico de este perfil obedece a la existencia de determinados in-

tereses socioeconómicos y políticos que, con distinta intensidad en función del momento histórico que se considere, confluyen en su regulación y, por ello, son tenidos en cuenta a estos efectos (los intereses de los empleadores, de los trabajadores y de la sociedad).

En todo caso, es preciso tener en cuenta dos precisiones relevantes en relación con la identificación de estos presupuestos genéricos. En primer lugar, el criterio objetivo en la calificación de los contratos, que no depende de la denominación que las partes contratantes hayan utilizado al respecto, sino de la efectiva configuración de las obligaciones que éstas asumen y de las prestaciones que constituyen su objeto (SSTS 11-12-1989 y 29-12-1999). En segundo término, que, si bien la calificación de la relación de trabajo asalariada requiere de la presencia conjunta de los presupuestos genéricos antes referidos, la dependencia y la ajenidad tienen una destacada relevancia delimitadora gracias a su ductilidad, pues «son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción» (STS 9-12-2004).

1.º Trabajo voluntario

La exigencia de que el trabajo asalariado se preste de modo voluntario debe entenderse en el plano estrictamente jurídico. Desde este prisma, el trabajo libre o voluntario es el realizado sin que el trabajador esté sujeto a coerción física o jurídica para iniciar o concluir una prestación laboral, de modo que su incumplimiento pueda acarrearle una sanción. Se contrapone la voluntariedad al trabajo forzoso del esclavo o del siervo (pese a la graduación existente entre ambos), formalmente abolido (Convenio OIT 105/1957 y art. 25.2 CE) pero no materialmente en distintas partes del mundo, así como al trabajo impuesto obligatoriamente de forma legal en la actualidad (por ejemplo, mediante las prestaciones personales obligatorias en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública: arts. 30.4 CE y 4 Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil).

La voluntariedad del trabajo no se desvirtúa ante el deber de trabajar que establece el artículo 35.1 CE, pues se trata tan sólo de una obligación social jurídicamente incoercible como lo evidencian, de un lado, los derechos de libertad de residencia y desplazamiento (art. 19 CE) y de libre elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE), aunque esta última esté intensamente limitada en el actual sistema económico [Capítulo 4, II, 2, C)], así como, de otro lado, la existencia de personas en edad de trabajar y cuya renta les permite permanecer ociosas sin que ello sea legalmente sancionable.

Dicho prepuesto tampoco se desvanece por la obligación de trabajar que pesa sobre el trabajador [arts. 5.*a*) y 20.2 ET], al ser ésta exigible tras la celebración del contrato de trabajo y presuponer el consentimiento libremente prestado por los sujetos que lo conciertan.

Pero contemplado el presupuesto de la voluntariedad desde el ángulo de la realidad social, ha de afirmarse su carácter relativo. En este sentido, no puede desconocerse que para la mayoría de los trabajadores asalariados —aunque no sólo para ellos— existe una evidente coerción económica que les impele a ceder su fuerza de trabajo a cambio de un salario, ya que si se abstienen de trabajar pueden poner en peligro su propia subsistencia y, en su caso, la de las personas que de ellos dependan. De ahí que si bien la libertad contractual está jurídicamente asegurada hogaño en el contrato de trabajo, también es cierto que tal libertad se halla económicamente condicionada de forma ostensible respecto del trabajador, tanto para formalizar esa relación contractual como para mantenerla y extinguirla.

Dicho condicionamiento no se refiere aquí a la inevitabilidad de contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales mediante la actividad productiva o distributiva de bienes y servicios, ya que, como se vio, ello es indispensable para el mantenimiento de la especie. Alude a la intensa dificultad de ejercer el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio para una gran parte de la población activa, lo que reduce o desvirtúa el carácter jurídicamente voluntario con el que se concierta o extingue la relación laboral individual. A diferencia de aquel condicionamiento material insoslayable, este otro puede evitarse desde una concepción y regulación del principio de igualdad sustancial coherente con el Estado social y

democrático de Derecho que permita una oferta de trabajo suficiente para toda la población activa y adaptada a la formación y capacidades del trabajador [Capítulo 4, III, 2, A)].

2.º Trabajo dependiente

La prestación de servicios ha de realizarse «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona» (art. 1.1 ET). La subordinación o dependencia que utiliza este precepto es un concepto jurídico indeterminado y flexible. Esta flexibilidad ha permitido a la jurisprudencia graduarlo paulatinamente abriéndolo a nuevas formas de prestar el trabajo, hasta afirmar que, en virtud de este presupuesto, el trabajador se encuentra inserto en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador para el que el trabaja (SSTS 22-10-1983 y 27-5-1992). Esta formulación supone calificar como trabajador asalariado a todo aquel que queda sometido al poder de mando empresarial (directivo, modificatorio y disciplinario), lo que ha permitido incorporar al ordenamiento laboral a distintos tipos de trabajadores (por ejemplo, trabajo al servicio del hogar familiar, trabajo a domicilio, representantes de comercio o futbolistas profesionales).

La noción de dependencia acuñada por la jurisprudencia tiene, como la misma ha puesto de relieve, un carácter vertebral y decisivo en la delimitación de la relación laboral individual (SSTS 9-2-1990 y 14-5-1990). Esta noción es deudora de la idea de alineación o enajenación laboral, concebida por el pensamiento marxista como falta de pertenencia para el trabajador no sólo del producto de su trabajo, sino, antes de ello, del acto mismo de producirlo. De ahí deriva la definición jurídica de la dependencia en el trabajo asalariado como la puesta a disposición del empleador, inicial y directa, de la fuerza de trabajo, a cambio de una determinada remuneración, a fin de que éste pueda dirigirla, organizarla, controlarla y, eventualmente, disciplinarla. De esta forma, asiste al empleador la primordial facultad de determinar el modo, lugar, tiempo y cantidad en que el trabajo y los resultados del mismo han de realizarse, acomodando estas especificaciones a las características de cada prestación laboral. Aunque esta idea de alineación laboral acompaña con fundamento al sistema capitalista desde sus orígenes, no debe olvidarse que también está presente en los sistemas socialistas que hasta la fecha han tomado cuerpo en la realidad política, lo que no obsta para apreciar la notoria contradicción de esta realidad respecto de algunas de las más relevantes formulaciones del pensamiento socialista sobre el particular.

La delimitación de la dependencia jurídico-laboral permite deslindar el trabajo asalariado del trabajo independiente que por lo común despliega el trabajador autónomo, deslinde que no impide, sin embargo, que a éste se le apliquen ciertas normas laborales [*infra b*), *b'*), 2.ª]. Esta delimitación no siempre es fácil, porque existen relaciones contractuales en las que puede advertirse un cierto grado de dependencia —por ejemplo, el arrendamiento de servicios o de obra: Capítulo [6, II, 1, A) y 2, A)]—, de forma que su expresión no reviste en ellas la misma intensidad y su caracterización jurídica no requiere en todo caso la existencia de formas o indicios tradicionales de exteriorización (por ejemplo, sometimiento a un horario constante o prefijado, control de tiempos, presencia en las instalaciones de la empresa u órdenes empresariales pormenorizadas). Esta dificultad supone que la dependencia jurídico-laboral, aun siendo elemento definitorio de esta relación, deba apreciarse conjuntamente con los restantes presupuestos genéricos configuradores del trabajo asalariado.

El concepto de dependencia jurídico-laboral ha de distinguirse de otros dos con los que guarda cierta conexión: la dependencia técnica y la dependencia económica. La dependencia en sentido técnico alude a la subordinación del trabajador a las normas técnico-profesionales que imparte el empleador o el personal directivo. Deriva normalmente de la dependencia jurídica, pero ello no es siempre así porque en determinadas categorías profesionales los conocimientos técnicos del trabajador pueden superar a los del empleador o sus representantes. El trabajador actúa de esta forma con independencia técnica pero con dependencia en sentido jurídico-laboral. Por ello, la dependencia técnica, si bien puede constituir un indicio de la existencia de una relación laboral, no es siempre definitoria de ésta.

La dependencia económica se identifica con la subordinación del trabajador respecto del empleador, nacida de la supeditación vital de aquél a la percepción del salario. Esta noción se halla vinculada, en realidad, no tanto a la noción de la dependencia jurídica, cuanto al presupuesto de la retribución salarial y, con él, al dato sociológico previo de que la mayor parte de la población activa precisa de esa retribución para subvenir a sus necesidades vitales. Con todo, la presencia de una retribución salarial y de la consecuente dependencia económica, constituyen datos primordiales en orden a calificar una relación como laboral y a identificar en la misma la previa dependencia jurídica. En este sentido, puede afirmarse que la dependencia económica manifestada a través de una retribución de carácter salarial es consecuencia necesaria de una previa dependencia jurídico-laboral.

3.º Trabajo por cuenta ajena

La calificación legal de trabajador asalariado exige también que el trabajo se preste «por cuenta ajena» (art. 1.1 ET). De igual modo que sucede con la dependencia, la norma estatutaria se limita a incorporar el presupuesto de la ajenidad en la identificación de ese tipo de trabajo, pero sin definirlo, tarea que ha debido realizar la doctrina científica y la jurisprudencia. La formulación doctrinal que mejor capta la esencia de este presupuesto es la noción de ajenidad en los frutos, conforme a la cual el producto del trabajo, los frutos del mismo, son atribuidos inicial y directamente al empleador. Por frutos ha de entenderse aquí, sobre la base del artículo 354 CC, el beneficio o rendimiento individualizado que se deriva de la utilización por el empleador de la fuerza de trabajo (cosa en sentido jurídico, es decir, toda entidad material o inmaterial susceptible de ser objeto de un derecho subjetivo), y que se concreta en un resultado productivo (satisfacción de necesidades) emanado del trabajo humano.

Así concebido, el presupuesto jurídico-laboral de la ajenidad está estrechamente vinculado al de la dependencia. En este sentido el fundamento de la ajenidad, la razón de ser de esa cesión inicial y directa de los frutos del trabajo a favor del empleador, estriba en que, con carácter previo y en virtud del contrato de trabajo, el trabajador ha puesto a disposición de este último su fuerza de trabajo. De esta forma, los frutos pertenecen al patrimonio del empleador desde el mismo momento de su producción, dado que el trabajador le ha cedido, al concertar la relación de trabajo asalariado, la utilización de su fuerza de trabajo. Puede decirse, así, que existe una doble cesión a favor del empleador: de la fuerza de trabajo en primer lugar y de los frutos del trabajo en segundo término.

Otras propuestas doctrinales sobre el concepto jurídico-laboral de ajenidad no alteran la superioridad explicativa que encierra la tesis de la ajenidad en los frutos, contribuyendo tan sólo a reforzarla. Esto sucede con las tesis de la ajenidad en la titularidad de la organización productiva, en los riesgos y en el mercado.

La tesis de la ajenidad en la titularidad de la organización productiva sostiene su preeminencia conceptual en el hecho de que el trabajador asalariado presta sus servicios utilizando instrumentos o medios de producción que no le pertenecen. Varias consideraciones permiten descartarla. En primer lugar, porque, si bien constituye un antecedente económico y jurídico de la ajenidad en los frutos, sólo apunta a un dato previo (la prestación de servicios del trabajador en un ámbito de dominio ajeno) del que deriva la necesaria consecuencia de que los frutos de su trabajo se incorporen inicial y directamente al titular de dicha organización. En segundo término, dado que el empleador no puede caracterizarse en todo caso como titular de una organización productiva, como sucede con el empleador al que se presta trabajo asalariado mediante el servicio del hogar familiar [art. 2.1.*b*) ET]. Y, en tercer lugar, porque la existencia de las sociedades laborales relativiza la no pertenencia al trabajador de los medios de producción, teniendo en cuenta que en este tipo de sociedades mercantiles la mayoría del capital social ha de ser propiedad de los trabajadores asalariados que presten servicios en las mismas por tiempo indefinido (art. 1.1 LSL).

Las tesis de la ajenidad en los riesgos y en el mercado son consecuencia lógica de la ajenidad en los frutos. La primera al señalar que recae sobre el empresario el resultado favorable o adverso de la actividad

productiva, sin que el trabajador se vea afectado por ello, expresa un efecto coherente con la ajenidad en los frutos, pues si antes de que el fruto exista está ya incorporado a la esfera de dominio del empleador, el trabajador no puede quedar afectado por el riesgo económico de un producto que no le pertenece y que aquél asume como derivación de la libertad de empresa.

La tesis de la ajenidad en el mercado, al matizar que la verdadera ajenidad de la actividad asalariada tiene lugar respecto del mercado, de modo que entre éste y el trabajador se interpone el empleador actuando de intermediario en la búsqueda de un beneficio económico, no añade ningún elemento esencial a la ajenidad en los frutos, puesto que la razón jurídica de que el empleador pueda acudir al mercado para obtener un determinado lucro del bien o servicio prestados por el trabajador, reposa en su condición de propietario de ese producto en virtud de la cesión inicial y directa a su favor de los resultados del trabajo realizado por su cuenta. Adicionalmente, ha de advertirse también aquí que el empleador no es siempre el titular de una organización productiva (el ejemplo anterior del trabajo asalariado al servicio del hogar familiar o de la organización sin ánimo de lucro como sucede con los organismos públicos que conciertan contratos de trabajo), lo que excluye en este caso que aquél pueda acudir al mercado con intención lucrativa.

Para determinar la existencia de la ajenidad jurídico-laboral suelen utilizarse por la jurisprudencia indicios comunes, como son la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS 31-3-1997); o la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender (SSTS 15-4-1990 y 29-12-1999). Con todo, estos indicios pueden ser insuficientes, aisladamente considerados, para determinar la existencia de una relación de trabajo asalariado. De ahí que, como ya se precisó, haya de recurrirse a una valoración conjunta de los presupuestos genéricos que la delimitan.

Problemática específica, en orden a determinar la titularidad de los frutos del trabajo asalariado y, por tanto, de la ajenidad en el ámbito laboral, es la que deriva de las invenciones laborales y de los derechos de autor.

Las *invenciones laborales* están reguladas en la LP, norma de carácter mercantil, a cuyo amparo «Son patentables las invenciones nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial…» (art. 4). Sobre estas invenciones novedosas, «El derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes y es transmisible por todos los medios que el Derecho reconoce» (art. 10.1 LP).

Las invenciones laborales constituyen una clase de invenciones industriales y, a efectos de su titularidad y del consiguiente derecho a patentarlas, deben distinguirse tres tipos. En primer lugar las *invenciones de servicio*. Surgen durante la ejecución del contrato de trabajo, en virtud de una actividad de investigación que, de forma explicita o implícita, se inserta en el objeto de dicha relación contractual. Esta caracterización explica que, en principio, la ley reconozca su titularidad al empresario sin que el trabajador pueda exigir una retribución específica por ellas, aunque se admite pacto en contrario. Empero, si la invención y su relevancia para la empresa sobrepasan notoriamente el contenido del contrato, el trabajador ostenta el derecho a una compensación económica suplementaria (art. 15.1 y 2 LP). En segundo lugar, las *invenciones libres*. En ellas no concurren las circunstancias exigidas para las invenciones de servicio, de forma que no integran el objeto del contrato de trabajo y pertenecen por ello directamente al trabajador que las ha creado (art. 16 LP). Y, en tercer lugar, las *invenciones de explotación*. Éstas tampoco integran el objeto del contrato, porque, bien se deben a la experiencia y conocimientos adquiridos por el trabajador en la empresa, bien se obtienen por éste al utilizar lícitamente y en desarrollo de su actividad laboral los medios e instalaciones de la misma. En este supuesto, al empresario se le reconoce, alternativamente, el derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse un derecho de utilización de la misma. Cualquiera que sea la opción por la que el empresario se decante, el trabajador tiene derecho a una compensación económica justa, que ha de ponderarse en función de distintos factores: importancia industrial y comercial del invento, valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y valor de las aportaciones del trabajador (art. 17.1 y 2 LP).

Los *derechos de autor* se generan en virtud de «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica», que «corresponde al autor por el solo hecho de su creación» (art. 1 LPI). Los *derechos de explotación* de la propiedad intelectual [que encuentran su fundamento en el art. 20.1.*b*) CE] pueden ser objeto de transmisión mediante el contrato de trabajo (arts. 17 y 51 LPI), pero en ningún caso el complejo *derecho moral* sobre la obra, que integra, a su vez, una serie de derechos irrenunciables e inalienables (por ejemplo, los relativos a la divulgación de la obra o a la exigencia de respeto a su integridad, impidiendo cualquier deformación, modificación o alteración que perjudique los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación: art. 14 LPI).

La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en el marco de una relación laboral se ha de regir, en primer lugar, por lo pactado en el contrato y de forma necesariamente escrita (art. 51.1 LPI). En defecto de pacto, se presume que los derechos se han cedido «en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada» (art. 51.2 LPI). Tanto si existe pacto escrito como si éste falta, al empresario le está vedado «utilizar la obra o disponer de ella para un sentido y fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en la ley a este respecto (art. 51.3 LPI), esto es, sin que exista el vínculo legal necesario entre la utilización o disposición de la obra y la actividad habitual del empresario. En ninguno de los dos supuestos señalados, la ley reconoce al trabajador el derecho a una compensación económica por la transmisión de los derechos de explotación de su obra, aunque nada impide que en contrato de trabajo o en convenio colectivo pueda pactarse tal remuneración (STS 12-2-1985 y STSJ/Cataluña de 21-3-2012). Dos supuestos se exceptúan de las precedentes reglas generales, cuyo nexo común es la creación de una obra por el trabador en cumplimiento del específico objeto del contrato de trabajo y la atribución de su titularidad al empresario. En tales supuestos, la titularidad se atribuye al empresario, salvo pacto en contra, bien cuando se trate de los derechos de explotación «sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario» (art. 51.4 LPI), bien cuando se trate de los derechos de interpretación y ejecución de artistas intérpretes o ejecutantes (art. 110 LPI).

4.º Trabajo retribuido

La cesión inicial y directa de los frutos en el trabajo asalariado no es gratuita sino onerosa, se realiza a cambio de una retribución denominada salario: se cumple con la prestación laboral (sacrificio) porque a la misma corresponde una contraprestación que es la retribución salarial (ventaja). De esta forma, la finalidad lucrativa a la que obedece el salario guarda una relación de causalidad con la ajenidad. Es precisamente dicha finalidad la que permite distinguir la ajenidad que el ET considera definitoria del trabajo asalariado de aquella otra que queda excluida del mismo, aunque sea materialmente laboral. Ello sucede, como luego se verá, en los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad del artículo 1.3.*d*) ET, en los que también puede apreciarse una cesión inicial y directa de los frutos del trabajo a persona distinta de aquella que los ha producido, pero en los que no existe la referida finalidad lucrativa por parte del trabajador, manifestada en la percepción del salario.

La retribución salarial suele ser uno de los elementos decisivos en la calificación del trabajo asalariado al utilizar los presupuestos genéricos que lo acotan. La jurisprudencia emplea también, a estos efectos, criterios indiciarios. Entre otros, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20-9-1995); o el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS 23-10-1989).

b') Presupuestos específicos

Como ya se señaló, estos presupuestos se instrumentan mediante exclusiones e inclusiones en relación con la normativa laboral. El cometido que cumplen las exclusiones es confirmatorio de la inexistencia de trabajo asalariado en determinados tipos de prestaciones laborales de los que están ausentes algunos o todos los presupuestos genéricos que califican a aquel trabajo. Pueden tener un alcance pleno o limitado de la citada normativa dependiendo de que la aplicación de ésta se excluya en su integridad o tan sólo en parte. Las plenas tienen todas un efecto declarativo, en tanto el efecto de las limitadas puede ser constitutivo o declarativo. La exclusión plena o limitada de la normas laborales no significa que las correspondientes relaciones no asalariadas queden al margen de la normativa de Seguridad Social, dado que la protección que ésta dispensa va más allá del trabajo asalariado.

Por su parte, las inclusiones tienen en su conjunto un alcance aplicativo pleno, en el sentido de que todas ellas quedan sometidas a normas laborales, aunque éstas no sean las comunes sino las singulares propias de las relaciones laborales de carácter especial en las que dichas inclusiones se enmarcan. No obstante, el carácter de las inclusiones no es homogéneo. En su mayor parte son declarativas al concurrir en ellas los presupuestos genéricos que identifican el trabajo asalariado. Pero en algún caso son constitutivas, puesto que el presupuesto genérico de la voluntariedad en el desempeño de la actividad productiva queda legalmente desvirtuado.

a'') Exclusiones plenas

1.ª Trabajo obligatorio

La consideración del trabajo asalariado como jurídicamente voluntario supone la exclusión plena de su ámbito normativo de las prestaciones personales obligatorias [arts. 31.3 CE y 1.3.*b*) ET]. Se traducen tales prestaciones en deberes de los ciudadanos que únicamente pueden establecerse al amparo del principio de legalidad y de cuyo cumplimiento no pueden eximirse, salvo causa justificada.

Los fundamentos que permiten exigir dichas prestaciones, suprimiendo su voluntariedad, descansan en supuestos bien de protección del interés general, bien de desarrollo de servicios de utilidad social. Ejemplos de los primeros se encuentran en el artículo 4.1 y 2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil o en el artículo 27 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen General de las Elecciones. Entre los segundos merecen destacarse el artículo 213.3 LGSS, que regula la obligatoriedad de los trabajos de colaboración social que el SPE puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo, o los artículos 29.2 LGP y 78.2 RP que facultan a la Administración penitenciaria para exigir a los penados las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, la limpieza y la higiene de los establecimientos penitenciarios. Estas prestaciones obligatorias por parte de los penados no deben confundirse con la actividad que éstos desempeñan en dichos establecimientos bajo la cobertura de la relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.*c*) ET [Capítulo 6, I, 2, B)].

2.ª Trabajo en órganos societarios

Quienes desempeñan exclusivamente funciones de administradores o consejeros de sociedades mercantiles no tienen la condición de trabajadores asalariados [art. 1.3.*c*) ET]. Su relación de trabajo se rige por normas mercantiles, puesto que no existe en la misma ni dependencia jurídico-laboral, al formar parte del órgano directivo de la empresa, ni, con frecuencia, la consiguiente ajenidad, al participar con distinta intensidad en el capital social.

Esta actividad de representación societaria puede confluir, sin embargo, con el desempeño de un trabajo asalariado para la misma empresa. En tal caso es necesario distinguir dos situaciones. En la primera el trabajo en un órgano societario concurre con un trabajo asalariado ordinario (es decir, no de alta

dirección), declarándose la compatibilidad entre ambos, siempre que el socio administrador o consejero no posea una cuota del capital social superior al 50 por 100 (STS 14-6-1994). Con arreglo a la segunda situación, el trabajo societario se considera incompatible con la relación laboral especial de alta dirección contemplada en el artículo 2.1.ª ET. En este sentido, «lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral» (STS 22-12-1994).

Especificando el modo en que la naturaleza del vínculo de la relación debe valorarse a estos efectos, la jurisprudencia ha señalado que «La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajenidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que esta Sala ha señalado a partir del 50 por 100 de participación en el capital social. Pero también puede venir excluida, al amparo del artículo 1.3.*c*) ET, por falta de dependencia en el trabajo cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa…, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo, sino de una designación o nombramiento por parte del máximo órgano de gobierno, de modo que su relación tiene carácter mercantil» (STS 26-12-2007).

3.ª Trabajo gratuito

Quedan plenamente excluidos del ámbito de aplicación de la normativa laboral «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» [art. 1.3.*d*) ET]. Se trata de actividades laborales en las que, si bien pueden concurrir en ciertos casos la dependencia y la ajenidad, no existe remuneración alguna o, si ocasionalmente se produce, no puede calificarse como salario. Esta gratuidad se detecta cuando la benevolencia o el altruismo guían la conducta de quien presta el servicio, como sucede, por ejemplo, con la actividad de voluntariado (Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, o Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación al desarrollo), con las empresas de corte ideológico (partidos políticos o sindicatos), o cuando el trabajo obedece a compromisos religiosos (por ejemplo, religiosa que presta servicios en un hospital de acuerdo con los votos que ha realizado en tal condición: STS 18-1-2000).

Sin embargo, la prestación de este tipo de servicios puede tener carácter laboral cuando se pruebe que el trabajo dependiente y por cuenta ajena se realiza a cambio de retribución salarial (por ejemplo, no es incompatible la formalización de un contrato de trabajo por quien ocupa cargos de responsabilidad en un sindicato: STS 7-10-2005).

Aunque no encaje en ninguno de los tipos de trabajo contemplados en el artículo 1.3.*d*) ET, debe también hacerse mención, debido a su carácter gratuito, al trabajo en beneficio de la comunidad que, como pena privativa de derechos, pueden prestar sin retribución económica los penados que voluntariamente acepten la sustitución de la pena de arresto de fin de semana que se les haya impuesto o de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa por la mencionada pena de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 49, 53.1 y 88.1 CP).

4.ª Trabajo familiar

No son objeto de regulación por las normas laborales «Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo» [art. 1.3.*e*) ET]. El alcance de la exclusión no es ilimitado, encontrando algunos condicionamientos en este precepto.

El primero deriva del círculo de familiares excluidos, que sólo se refiere al «cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consaguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, inclusive y, en su caso, por adopción». Por tanto, no están afectados por la exclusión las uniones de hecho (TS 11-3-2005) y el acogimiento.

Un segundo condicionamiento adicional al anterior exige que los familiares legalmente excluidos «convivan con el empresario», circunstancia indicativa de la existencia de una economía compartida y de la falta de ajenidad. Esta exigencia se precisa, también en sentido excluyente de la relación laboral, al considerarse que la ayuda económica que el familiar pueda recibir del empresario, sin connotación alguna de salario, ha de valorarse como la convivencia exigida con el mismo por el artículo 1.3.*e*) ET cuando tal convivencia no se produce (SSTS 29-9-1987 y 26-10-1987).

En tercer lugar, la exclusión que se examina opera como presunción *iuris tantum*, al considerarse que el familiar que trabaja en el referido círculo de parentesco no presta un servicio por cuenta ajena en el sentido jurídico-laboral (TS 29-11-1990), sino que lo hace para un fin común, incorporándose los frutos de su trabajo a un patrimonio compartido, cuando menos para afrontar las cargas familiares y resolver las necesidades del grupo familiar (TS 29-9-1987). Pero este criterio no es insuperable, puesto que resulta contradictorio con el principio de igualdad excluir del ámbito laboral una relación jurídica sobre la sola base del parentesco del trabajador con el empleador (SSTC 79/1991 y 2/1992). De aquí que sea posible acreditar que entre los familiares excluidos de la normativa laboral y el empleador existe realmente una relación de trabajo asalariado. Extremo éste que ha de demostrarse de modo suficiente, no bastando la mera apariencia formal de un contrato de trabajo, la expedición de nóminas y la afiliación a la Seguridad Social, sin que quede probado el concurso de la dependencia, la ajenidad y la retribución salarial (TS 18-3-1989 y 21-1-1991), siendo la prueba de esta última elemento decisivo para quebrar aquella presunción (TS 27-4-2000 y 5-11-2008).

Por último, debe señalarse que esta exclusión se refiere tan sólo a los familiares del empresario individual, ya que no es posible establecer el vínculo de parentesco que la norma laboral determina con el empresario persona jurídica. Con todo, las relaciones de parentesco entre los propietarios del capital de una sociedad pueden impedir, asimismo, la existencia del trabajo asalariado (TS 30-4-2001). Para que la exclusión se active en este supuesto es necesario que el pariente del socio de la empresa tenga una participación superior al 50 por 100 del capital social (TS 27-4-2000).

5.ª Trabajo mercantil con asunción de riesgo

Supuesto de trabajo por cuenta propia y, por ello, excluido de la normativa laboral, es el de las personas que realizan funciones de intermediación mercantil «por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma» [art. 1.3.*f*) ET].

En esta actividad intermediadora de carácter mercantil el agente o comisionista no tiene relación de dependencia laboral, ya que está facultado para organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido a los que pudiera impartir la empresa (STS 2-7-1996). Por ello, ni existe ajenidad en los frutos, ni tampoco la consiguiente ajenidad en los riesgos, que son asumidos por aquél en su integridad. Su contratación mercantil se regula por normas de esta naturaleza (Ley 12/1992, de 27 de mayo y 27/2006, de 17 de julio). Por el contrario, la constatación de la dependencia y ajenidad laborales en su relación de trabajo supone el sometimiento a la relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.*f*) ET [Capítulo 6, I, 2, B)], salvo que se trate de un trabajador asalariado de régimen común, el cual realiza sus funciones de intermediación mercantil en las instalaciones de la empresa y, por ello, con menor autonomía funcional y organizativa, libertad de jornada y horario de trabajo que aquel otro sujeto de la citada relación especial (TS 13-5-1998).

6.ª Trabajo de transporte por cuenta propia

La norma laboral excluye de su ámbito aplicativo la actividad de transporte realizada por cuenta propia [art. 1.3.*g*).2.º ET]. La norma estatutaria confirma declarativamente esta exclusión con la adicional finalidad de delimitar el trabajo asalariado del pequeño transporte, que la jurisprudencia comenzó a incluir con el servicio de mensajería (TS 26-2-1986), respecto del autónomo en el que dicha actividad adquiere mayor dimensión.

La operatividad de esta exclusión exige que concurran varios requisitos conforme a dicho precepto:

1) autorización administrativa para realizar el transporte de mercancías o personas con vehículo comercial de servicio público;
2) propiedad o poder directo de disposición del vehículo;
3) existencia de precio, sin perjuicio de que el servicio pueda pactarse para uno o varios cargadores o comercializadores.

Aunque todos han de concurrir para que la exclusión actúe, el requisito definitorio es el relativo a la autorización administrativa. Ésta se exige cuando el tonelaje del vehículo supera un determinado peso [2 toneladas: art. 41.2.*e*) RD 1.211/1990, de 28 de septiembre]. Es precisamente la existencia de esta autorización, que tiene en cuenta el criterio objetivo de la capacidad de transporte del vehículo, la que elimina la posibilidad de discriminación prohibida, no siendo desproporcionado que el transportista habilitado para un trabajo autónomo quede sometido a un régimen jurídico distinto del aplicable al trabajo asalariado (SSTC 227/1998 y 187/2001).

En sentido contrario, la prestación del servicio de transporte con vehículos de menor capacidad de carga (inferior a dos toneladas), aunque sea propiedad de quien lo presta, y sometido a instrucciones de la empresa en la realización del trabajo (mensajeros, repartidores…), ha de calificarse como jurídico-laboral (TS 27-1-1994 y 15-6-1998).

7.ª Trabajos no laborales: cláusula de cierre

La relación de exclusiones finaliza con una cláusula de cierre, en cuya virtud queda al margen de la normativa laboral «todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo» [art. 1.3.*g*).1.º ET]. La cláusula resulta, en realidad, ociosa, no cumpliendo ninguna función adicional como elemento delimitador. De un lado, porque sólo supone reiterar la necesaria existencia de los presupuestos genéricos contenidos en el artículo 1.1 ET para que una relación laboral pueda considerarse como trabajo asalariado. De otro, debido a que los trabajos en los que no se aprecie alguno o algunos de dichos presupuestos no quedan automáticamente excluidos de ese ámbito, como pudiera parecer a tenor de la referida cláusula, pues la norma legal puede disponer su inclusión parcial en el mismo.

Añádase que, aun contando con la intervención legal clarificadora a través de las exclusiones e inclusiones, en algunos supuestos no resulta tarea fácil discernir el tipo de prestación que realmente se lleva a cabo. En unos casos ello sucede dada la mayor cercanía conceptual con el trabajo asalariado, por ejemplo, en el arrendamiento de servicios [Capítulo 6, II, 1, A)]. En otros, aunque la distinción normativa es más clara, la simulación contractual puede oscurecer la realidad. Un supuesto proclive a ello es el de las becas o prácticas en empresas, excluidas de la legislación laboral por ser su finalidad primaria la de facilitar el estudio y la formación y no la de incorporar los resultados del estudio o trabajo formativo al patrimonio de la persona que concede la beca (TS 16-6-1995). Para aplicar la presunción de laboralidad (art. 8.1 ET) es preciso sopesar si el trabajo es productivo y debe encuadrarse por tanto en el marco del contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje [Capítulo 6, I, 3, A)] o si se trata de becas o prácticas en empresas realizadas por alumnos de formación profesional del sistema educativo o del SFOEM, excluidas ambas de aquella relación contractual [Capítulo 9, I, 2, B)].

b″) Exclusiones limitadas

1.ª Trabajo en régimen administrativo

Quienes prestan servicios a las distintas Administraciones Públicas al amparo de una norma con rango de Ley, en régimen administrativo o estatutario, quedan excluidos del ámbito aplicativo de la relación de trabajo asalariado [art. 1.3.*a*) ET]. El personal afectado comprende a los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal eventual, personal estatutario y contratados en régimen administrativo (arts. 8.2 LBEP, 20.2 y Disp. Derog. 1.B LRFP y 84 LGS). La exclusión es constitutiva y limitada.

La exclusión, fundada en razones de oportunidad política, tiene carácter constitutivo, puesto que, si bien desde el punto de vista jurídico-formal el mencionado personal está sometido a un singular régimen jurídico, conforme a la Ley (arts. 103.3 CE y 2 EBEP), su prestación de servicios se ajusta dogmáticamente a todos los presupuestos genéricos propios del trabajo asalariado. Cuando se trata de contratos administrativos, tal exclusión permite romper la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 ET a favor de quien presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, sin que, en principio, sea por tanto relevante, la naturaleza del servicio prestado, sino la remisión a la norma administrativa que dicha exclusión produce. La eficacia excluyente sólo cede, recuperándose aquella presunción, «cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto» (TS 29-9-1998).

La exclusión es también limitada, puesto que, pese al tenor legal, se aplican al referido personal algunas normas de carácter o contenido laborales. Tal sucede con las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo (art. 3 LPRL), conciliación de la vida laboral y familiar (Ley 39/1999, de 5 de noviembre), igualdad efectiva de hombres y mujeres (LO 3/2007, de 22 de marzo), libertad sindical [arts. 15.*a*) EBEP y 1 LOLS] o ciertos procesos laborales en materia de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las administraciones públicas, constitución y reconocimiento de las personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación y modificación de sus estatutos y régimen jurídico de los sindicatos [arts. 2.*i*), *j*) y *k*) LJS].

La aplicación de estas normas parte de la base de que para el personal sujeto al régimen administrativo —con la única salvedad de los contratos de esta naturaleza— la autonomía de la voluntad sólo actúa en la constitución de su relación de trabajo, pero no desempeña papel alguno en la determinación del contenido de dicha relación, ya que esta clase de trabajador público se somete a un estatuto legal preexistente, sin posibilidad alguna de negociar individualmente tal régimen estatutario. Este sometimiento determina, sin embargo, la cercanía de su posición económica y social con la del trabajador asalariado en la actividad laboral y en la estructura social, lo que exige la tutela de los intereses de este colectivo por la norma laboral en determinados aspectos.

Esta parcial aplicación de la normativa laboral se inscribe en un proceso de paulatina aproximación entre el trabajo asalariado y el que se presta en régimen administrativo. Expresión elocuente de dicha cercanía normativa es la que, bajo la unificada denominación de empleados públicos, plasma la sujeción a un conjunto de derechos y deberes, principios éticos, de conducta y de selección de personal, comunes a esos dos tipos de trabajo (arts. 14, 15, 52, 53, 54 y 55 EBEP). Este proceso encuentra fundamento en la CE (arts. 7, 14, 23.2, 28, 35.1 y 40), que no impone pero tampoco impide mayores cotas de homogeneización entre ambas clases de personal, lo que, entre otros efectos positivos, evitaría situaciones no siempre respetuosas con el principio de igualdad y no discriminación. Con ese fundamento, se ha propugnado doctrinalmente canalizar esa mayor homogeneidad mediante la relación laboral especial de empleo público, bajo la garantía, entre otros aspectos, de la estabilidad en el empleo público como valor constitucionalmente protegible, máxime cuando se trata de servicios públicos, sometidos indistintamente a una necesaria continuidad en su prestación, aunque con intensidad variable.

2.ª Trabajo autónomo

Conforme a lo establecido en la Disposición Final 1.ª ET «El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos en que por precepto legal se disponga expresamente». Se formula así una exclusión declarativa (reiterada en el art. 3.3 LETA), dado que la mayor parte de los presupuestos genéricos que delinean el trabajo asalariado no están presentes en el trabajo autónomo. En éste la fuerza de trabajo no se cede inicial y directamente a aquel con quien se contrata, no se le traslada por tanto de ese modo el resultado del trabajo, sino una vez que el mismo se ha producido, ni, en consecuencia, es posible identificar la retribución que se percibe por la prestación del servicio como salario. Se trata, en suma, de un trabajo realizado con independencia en cuanto al modo de ejecución del trabajo, aunque la prestación de servicios se ejecute para otro bajo dependencia funcional u organizativa (alteridad), pero sin que exista ajenidad en el sentido jurídico-laboral.

El carácter declarativo de la exclusión comporta que las relaciones contractuales que establece el trabajador autónomo con el cliente no se rijan por el contrato de trabajo, sino por otros contratos de carácter civil, mercantil o administrativo (Capítulo 6, 2).

Con todo, la exclusión es limitada, puesto que la distinta catalogación jurídica del trabajo autónomo no impide al legislador, sin embargo, extender la cobertura tuitiva de ciertas normas laborales a ese tipo de prestación de servicios. Se llega así a la convicción de que la autonomía de la voluntad es insuficiente para tutelar los intereses del trabajador autónomo. En primer lugar, por tratarse de trabajo dependiente, no desde el prisma jurídico-laboral dogmático sino desde el punto de vista de una real dependencia económica y/o organizativa. En segundo término y como consecuencia de lo anterior, dada la semejanza de su posición económica y social con la del trabajador asalariado en la actividad laboral y en la estructura social, lo que exige, en determinadas facetas, la específica protección que brinda el ordenamiento laboral. Protección que se proyecta sobre distintas clases de trabajo autónomo: el autónomo de régimen común, el TRADE y el autónomo de trabajo cooperativo asociado.

Sobre los tres tipos de trabajo autónomo que acaban de citarse inciden determinadas normas laborales. Común para todos ellos es la aplicación, con las adaptaciones que exija cada uno de dichos tipos, de las normas sobre prevención de riesgos laborales (art. 3 LPRL), igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cuya norma básica presenta un carácter transversal objetiva y subjetivamente (art. 2 Ley 3/2007), libertad sindical (art. 3.1 LOLS) e incentivos al autoempleo.

Otras normas de cuño laboral tienen un ámbito de aplicación diverso en relación con la citada tipología del trabajo autónomo. Por un lado, los socios trabajadores de sociedades cooperativas —y no sólo las de trabajo asociado— pueden acogerse a determinados beneficios de la Ley 39/1999 sobre conciliación de la vida familiar y laboral, con las peculiaridades propias de la relación societaria (Disp. Adic. 1.ª).

Por otro, los TRADE y los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado quedan afectados por la normativa reguladora del proceso laboral, aunque la relación individual de trabajo se rija por normas de otra naturaleza. En relación con el TRADE, la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se amplía a fin de que éstos puedan conocer de todas las pretensiones relativas a su régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva [arts. 17 LETA y 2.*d*) LJS].

En lo que hace a los socios de cooperativas de trabajo asociado, la jurisdicción social es competente para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten entre la cooperativa y los socios trabajadores relacionadas exclusivamente con la prestación de sus servicios, esto es, las que atañan a las cuestiones vinculadas a su aportación de trabajo [arts. 87 LC y 2.*c*) LJS]. La competencia del orden social se extiende asimismo a los socios de trabajo de las restantes cooperativas (art. 13.4 LC).

c'') Inclusiones

Bajo la denominación de relaciones laborales especiales, el artículo 2.1 ET y normas complementarias incluyen, por diversas razones, trabajos asalariados que, en línea de principio, reúnen los presupuestos

genéricos exigidos para su consideración legal como tales, de modo que se trata de inclusiones declarativas. Su estudio ha de abordarse al tratar las clases de contrato de trabajo en el marco de la configuración del empleo (Capítulo 6, I, 2).

No obstante, debe advertirse ahora que del criterio general declarativo que permite la inclusión de dichas relaciones especiales como trabajo asalariado se apartan dos de ellas: la de los penados en instituciones penitenciarias y la de los menores en centros de internamiento.

· En la relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias está claramente desvirtuado el presupuesto genérico de la voluntariedad. Ello es así porque esta actividad laboral especial no sólo se configura específicamente como un derecho, sino como un deber, con algunas excepciones, a fin de preparar a estas personas para las condiciones normales del trabajo en libertad. Configuración que no deriva del denominado deber constitucional de trabajar (art. 35.1 CE), concebido como mera obligación social [Capítulo 4, II, 2, C)], sino del concreto mandato contemplado a este respecto en el artículo 26 LOGP. Tal mandato no implica en modo alguno trabajo forzoso, constitucionalmente prohibido (art. 25.2 CE) y no considerado con ese carácter por la norma internacional, cuando, entre otros supuestos, los trabajos o servicios «se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada» [art. 8.1.*c*).i) PIDCP]. De aquí que la falta de voluntariedad en este sentido no permita situar a estos trabajadores en un plano de igualdad desde el ángulo de este presupuesto jurídico y respecto de quienes prestan trabajo asalariado en régimen de libertad. Por otra parte, la facultad que se atribuye al trabajador penado para extinguir el contrato de trabajo por renuncia [art. 10.1.*g*) RD 782/2001, de 6 de julio] no debe identificarse con la voluntariedad del trabajo, sino con la voluntariedad de seguir el tratamiento penitenciario prescrito; carácter voluntario del mismo que se desprende de los principios que lo inspiran (art. 60 LOGP) y cuya función constitucional debe dirigirse a conseguir la reeducación y reinserción social del recluso (arts. 25.2 y 59 CE). Lo decisivo a este respecto es tener en cuenta que el trabajo del recluso es «un elemento fundamental del tratamiento» (art. 26 LOGP) y que el carácter voluntario de éste permite que el trabajador pueda ejercer aquella facultad de renuncia extinguiendo su relación laboral si considera que el trabajo que desarrolla no se ajusta al tratamiento que se le haya aplicado. Ajuste indispensable y evidenciado por el dato normativo de que la obligación de trabajar de todo recluso haya de realizarse «conforme a sus aptitudes físicas y mentales» (art. 29.1 LOGP). Pero dicha renuncia y consiguiente extinción no suprimen en modo alguno el carácter obligatorio que, en todo caso y como regla general, mantiene el trabajo del recluso a través de la relación laboral especial.

· El presupuesto genérico de la voluntariedad también queda desfigurado en la relación laboral especial de los menores en centros de internamiento, dado que el reconocimiento a su favor del derecho a un trabajo remunerado (art. 53.1 RDPM) no es para ellos incompatible con la obligación de desempeñarlo, siempre y cuando, por una parte, tengan la edad laboral exigida (art. 53.1 RDPM), esto es, los dieciséis años, y, por otra, la realización de un trabajo remunerado forme parte de las medidas que puede adoptar el órgano judicial competente (arts. 1.1, 7.1, a), b) y c) y 7.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores), de acuerdo con el principio general que afirma la naturaleza materialmente sancionadora-educativa de las medidas aplicables a dichos menores (Exposición de Motivos II, Ley Orgánica 5/2000).

D) Elemento instrumental

El sistema normativo laboral que se edifica, con distinto alcance, sobre ciertos tipos de trabajo dependiente, regula, al tiempo, *su instrumental entramado de relaciones laborales*, permitiendo así dotar de contenido al mencionado sistema. Tales relaciones integran el triple plano de dicho entramado: individual, colectivo y garantista. Formando tal malla el armazón del que se sirve de modo instrumental aquel sistema normativo y dado que, como ya se vio, éste se aplica con distinto alcance a los mencionados tipos de trabajo dependiente, las relaciones jurídico-laborales que configuran dicho sistema han de tener asimis-

mo, necesariamente, distinta aplicación respecto de los referidos tipos de trabajo. En términos generales y en coherencia con lo estudiado anteriormente sobre los presupuestos jurídicos específicos, puede decirse ahora que en tanto su aplicación es plena, con ciertas modulaciones, para el trabajo asalariado, existen limitaciones aplicativas de distinta intensidad para el trabajo funcionarial y el autónomo.

a) Relaciones individuales de trabajo

Su denominación obedece al hecho de que tales relaciones tienen lugar entre sujetos individuales, cuando menos del lado del trabajador. Normalmente tienen carácter contractual y se articulan en torno a dos de los tipos de trabajo dependiente que el ordenamiento laboral regula: el trabajo asalariado y el trabajo autónomo. En el primero las normas que lo disciplinan en este plano individual son laborales, formal y materialmente, pues operan sobre el arquetipo de prestación de servicios que origina e impulsa el desarrollo de la disciplina. En el segundo, si bien queda sometido a algunas normas laborales como ya se vio, la mayor parte de la normativa aplicable no es laboral sino civil, mercantil o administrativa, aunque en ocasiones la normativa laboral que se ocupa de las relaciones individuales de trabajo actúe como paradigma inspirador en su regulación.

Sobre la regulación de estas relaciones individuales de trabajo se configura el subsistema normativo del Derecho Individual del Trabajo, con el empleo como eje básico de regulación y con una finalidad primordial de garantizar el principio de autonomía individual del trabajador. Aunque el principal centro de imputación normativa de este subsistema se articule en torno a dichas relaciones, su radio de acción también se extiende más allá de ese ámbito individual para afectar a las relaciones colectivas de trabajo y a las relaciones de garantía administrativa y judicial (Capítulo 4, 1).

b) Relaciones colectivas de trabajo

Son aquellas que, bajo el principio de autonomía colectiva [Capítulo II, 1, C)] se traban usualmente entre sujetos colectivos (órganos de representación de los trabajadores y empresario o asociaciones empresariales). Pero también pueden establecerse entre sujetos individuales o entre sujetos individuales y colectivos (por ejemplo, entre el empleador individual y el trabajador afiliado a un sindicato o entre el trabajador que secunda una huelga y el sindicato o sindicatos convocantes de la misma). Por ello, lo decisivo para calificar estas relaciones no son únicamente los sujetos de las mismas, sino la dimensión colectiva o repercusión colectiva directa que tiene el ejercicio por tales sujetos de los derechos y facultades desenvueltos en el marco de la autonomía colectiva (por ejemplo, la decisión de un trabajador de afiliarse a un sindicato, es un derecho individual con dimensión colectiva). Lo que no quiere decir que el ejercicio por parte del trabajador y del empresario de otros derechos de carácter individual no inscritos en la autonomía colectiva, no puedan tener una repercusión colectiva. En este caso se trata de una repercusión colectiva indirecta, que puede conducir a la realización de acciones laborales colectivas (por ejemplo, convocatoria de huelga ante la decisión de despidos colectivos que se consideran injustificados).

Estas relaciones colectivas de trabajo constituyen el objeto regulador del subsistema normativo del Derecho Colectivo del Trabajo, bajo la finalidad de garantizar el principio de autonomía colectiva. Esta finalidad tiene carácter instrumental, ya que, en última instancia, se configura al servicio de la autonomía individual y la dignidad de la persona del trabajador. De este modo, las reglas de Derecho Colectivo del Trabajo se proyectan con frecuencia sobre múltiples aspectos de la relación individual de trabajo (por ejemplo, excedencia sindical, art. 46.4 ET, o despido colectivo, art. 51 ET).

c) Relaciones de garantía, administrativa y judicial del sistema normativo laboral

Una importante zona objeto de regulación por el ordenamiento laboral, viene dada por las relaciones de garantía a cargo de ciertos poderes públicos respecto del sistema normativo laboral. La finalidad protectora de esas relaciones garantistas supone la intervención de otros sujetos de carácter público en dicho sistema mediante la regulación de determinados órganos y procedimientos que pretenden tutelar los intereses de los sujetos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, así como de los de terceros que intervienen en las mismas (por ejemplo, el FGS o un acreedor del trabajador). Es así como estas relaciones de garantía operan en el plano administrativo (por ejemplo, procedimiento administrativo a seguir para el despido colectivo o para imponer una sanción administrativa laboral al empresario), dando lugar al Derecho Administrativo del Trabajo, o, en el plano judicial, generando el Derecho Procesal del Trabajo (por ejemplo, modalidad procesal de despido o de conflictos colectivos).

2. Fundamento del Derecho del Trabajo

La sola consideración del concepto de Derecho del Trabajo proporciona una visión incompleta del mismo, ceñida al objeto de regulación de la disciplina, esto es, a los tipos de trabajo dependiente sobre los que se proyecta, en su integridad o en parte, el ordenamiento laboral, así como a su derivada estructura de relaciones jurídico-laborales. Ese enfoque, desenvuelto en un plano jurídico-formal, necesario pero insuficiente, debe completarse con una perspectiva sustancial que atienda al fundamento de esta disciplina, evitando así una mirada puramente positivista y éticamente neutra de la misma.

Preguntarse por *el fundamento del Derecho del Trabajo* equivale a interrogarse por su razón de ser o función social. Esa función es una constante desde el nacimiento de la disciplina y no obedece al azar, sino que encuentra cumplida explicación en los caracteres dialéctico y de protección plural propios de la misma, que después han de estudiarse. De aquí que el fundamento de esta disciplina deba identificarse con *la prevención y resolución del conflicto laboral a fin de alcanzar la protección prioritaria del trabajo dependiente, ya sea en el marco del orden económico vigente y del sistema político-jurídico sobre el que dicho orden se asienta, ya sea mediante la transformación de dichas estructuras en virtud de su efectivo control democrático y de la justa distribución de la riqueza.*

Sin duda, el cometido preventivo y resolutorio de los conflictos de intereses es tarea inherente al Derecho en general. La especificidad del Derecho del Trabajo estriba en prevenir y resolver el conflicto laboral, presente con carácter vertebrador en las sociedades capitalistas y constitutivo de una forma específica de conflicto social. Configurándose el conflicto social como aquel que enfrenta a actores o sujetos con posiciones contrapuestas sobre la utilización y distribución de recursos escasos de cualquier tipo (económicos, de poder político, de conocimiento…), por *conflicto laboral debe entenderse el que contrapone a los sujetos, individuales y colectivos, de las relaciones laborales en torno a la utilización y organización de la fuerza de trabajo productiva*. De este modo, el conflicto laboral brota ante la confrontación de distintas posiciones socioeconómicas en la estructura social, que evidencian intereses y valores antagónicos, ya que la utilización y organización de la fuerza de trabajo comporta al tiempo, en el actual orden económico, la supeditación del trabajador al poder empresarial y, en consecuencia, una determinada forma de distribuir la renta en beneficio prioritario del empleador, sólo limitada, pero no superada, a través de la autonomía colectiva.

Solventes sectores de la doctrina científica han señalado que la función integradora asumida por el Derecho del Trabajo, a fin de juridificar el conflicto laboral, pretende alcanzar un equilibrio entre el interés empresarial (plasmado en la libertad de empresa y en los poderes laborales que de la misma derivan: directivo, organizativo, modificatorio y disciplinario), el interés del trabajador (tutela de su posición de dependencia en el contrato de trabajo) y el interés del Estado (garantía del ejercicio de determinados derechos de ciudadanía). Sin embargo y sin perjuicio de la tendencial vocación protectora del trabajador que

se asigna a la norma de trabajo, la realidad sociolaboral enseña que esa pretensión de equilibrio es ficticia en el orden económico capitalista, cuando menos, por tres razones.

En primer lugar, debido a que la denominada función integradora tiene, ciertamente, una virtualidad real de supeditación, tal como se ha señalado con anterioridad. Esa supeditación, plasmada en el trabajo dependiente conforme se ha definido éste en su momento, impide la superación democrática del orden económico vigente y del sistema político y jurídico que lo sostiene y, con ello, el pleno reconocimiento de la ciudadanía social. En segundo término y como consecuencia de lo anterior, en razón de la existencia de una asimetría estructural entre los sujetos de la relación individual de trabajo, que sitúa institucionalmente al trabajador en una posición subordinada respecto del empresario desde la perspectiva económica (estructura social) y jurídica (relación contractual), lo que impide de raíz alcanzar aquel equilibrio de intereses. En tercer lugar, porque las soluciones normativas que en cada momento histórico se han proporcionado al conflicto laboral en el orden económico capitalista, corroborando la inviabilidad de dicho equilibrio, han consistido en la corrección de la referida asimetría, pero no en su superación, sin perjuicio de que puedan apreciarse significativos grados en los mecanismos correctores, que objetivamente coadyuvan a aquella superación pero, que, por si solas, no permiten lograrla (por ejemplo, el reconocimiento y ejercicio de la libertad sindical, sin la que no es posible identificar al Derecho del Trabajo en las democracias liberales). De aquí que, en el marco de esa doble función de sometimiento y transformación, se desenvuelva una dialéctica que no abandonará al Derecho del Trabajo desde su nacimiento como tal hasta el presente. Conforme a la misma, este sector del ordenamiento surge y se desarrolla, a un tiempo y de forma contradictoria, como Derecho orientado a la emancipación de las clases trabajadoras y como Derecho concebido para su pervivencia, indisociable ésta del mantenimiento del modo de producción capitalista.

En contraste con la invariabilidad de dichas funciones, la interpretación de las mismas, es decir, las fórmulas normativas mediante las que el legislador o los interlocutores sociales han pretendido prevenir y resolver el conflicto laboral en cada momento histórico, han sido y son diversas al estar condicionadas por los correspondientes procesos socioeconómicos y políticos, así como por la ideología de los sujetos con capacidad normativa o de actuación colectiva en el ámbito del ordenamiento del trabajo. Ello explica que, en el marco del sistema capitalista, se pueda disciplinar con distinta intensidad y extensión, por ejemplo, la legislación de condiciones mínimas de trabajo, los mecanismos administrativos y procesales de exigencia o aplicación del ordenamiento laboral, los poderes empresariales directivos y organizativos o los instrumentos derivados de la autonomía colectiva.

3. Caracteres del Derecho del Trabajo

En el Derecho del Trabajo pueden advertirse determinados rasgos que caracterizan la disciplina, operando como criterios que delinean de forma constante el sentido de sus instituciones, principios y normas y actuando así tanto en el momento de su configuración como en el de su aplicación. Este sector del ordenamiento jurídico se caracteriza por ser un Derecho dialéctico, de pluralidad protectora y reversible.

A) Derecho dialéctico

Los sujetos de la relación individual de trabajo dependiente pertenecen, por lo común, a distintos estratos de la estructura social. En la estructura social del sistema capitalista estos estratos reciben la denominación de clases sociales: las clases trabajadoras y las clases capitalistas. Desde esta óptica, el Derecho del Trabajo merece sin duda el calificativo de Derecho clasista, ya que su nacimiento y desarrollo obedece, primariamente, a la presión de las clases trabajadoras frente a su situación socioeconómica y jurídica propiciada por el modo de producción capitalista, así como, de forma secundaria pero no menos relevante, a la finalidad de pacificar el conflicto social e integrar a dichas clases en aquel sistema.

De la dimensión clasista del Derecho del Trabajo deriva su carácter dialéctico, pues a lo largo de su evolución pueden apreciarse, de forma constante y paralela, tanto pautas de conflicto como pautas de colaboración entre los sujetos que forman parte de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Estas pautas pueden advertirse tanto en el trabajo asalariado como en las restantes clases de trabajo dependiente en las que el ordenamiento laboral interviene (trabajo en régimen administrativo y trabajo autónomo).

a) Pautas de conflicto

Como ya se señaló, el trabajo dependiente no se desenvuelve siempre y naturalmente de modo pacífico, sino conflictivo. Las pautas conflictuales están presentes en el desarrollo de la actividad laboral, tanto en el plano de las relaciones laborales individuales como en el de las colectivas.

A lo largo de su periplo histórico, y hasta nuestros días, este conflicto laboral presenta una doble forma de identificación: estructural y coyuntural. El conflicto estructural registra un antagonismo en estado de latencia, potencialmente actualizable, pero permanente y objetivo. Atraviesa de forma constante aquellas relaciones y contrapone a los sujetos, individuales y colectivos, de las mismas. Esta contraposición es objetiva en cuanto proviene de la distinta posición socioeconómica, y por tanto jurídica, de unos y otros en aquellas relaciones, lo que significa que la existencia de ese conflicto no depende de los deseos o convicciones de dichos sujetos, sino de aquella estructural y contrapuesta posición, que se sustenta en valores e intereses antagónicos.

En este sentido axiológico, el empleador suele priorizar los valores del beneficio económico y de la utilización flexible de la fuerza de trabajo con ese principal fin lucrativo. Para ello se sirve de distintos mecanismos legalmente admitidos (reduciendo los costes laborales mediante despidos colectivos o deslocalizando la actividad empresarial a países en los que el trabajo tiene un menor precio…). Coherente con aquel objetivo, postula una organización jerárquica de la empresa, contrapuesta al trabajo cooperativo, considerando que los poderes directivo, modificativo y disciplinario de la fuerza de trabajo deben estar concentrados en el empleador —o en sus delegados— en cuanto titular de la organización empresarial.

El trabajador, por su parte, da preferencia a los valores de la calidad y estabilidad en el empleo (preservación de la salud y seguridad mediante la prevención de riesgos laborales, contratación indefinida…). En consecuencia, se decanta por una concepción participativa de la empresa (participación informativa en la gestión, participación codecisoria…), así como por el acceso a la titularidad de los medios de producción (empresa cooperativa), como formas democráticas de control del desenvolvimiento de la actividad productiva.

En cuanto al conflicto coyuntural, mediante el mismo se transforma la potencialidad del conflicto estructural en realidad manifiesta. Supone la concreción de la velada o aletargada controversia entre aquellos sujetos, lo que se expresa en una específica y recurrente actividad conflictual entre los mismos, evidenciado, así, la estructuralidad, sólo adormecida, del conflicto laboral. La contraposición de intereses tiene aquí un carácter subjetivo en cuanto precisa necesariamente la activación voluntaria de una medida de conflicto laboral (huelga, cierre empresarial…).

b) Pautas de colaboración

La existencia del conflicto laboral, en su doble faceta estructural y coyuntural, no implica que el trabajo dependiente se desenvuelva únicamente a través de pautas conflictuales. Junto a ellas, la dimensión clasista de esta disciplina también genera, de forma paradójica tan sólo en apariencia, pautas de colaboración. Tales pautas pueden contemplarse desde una doble perspectiva, social y jurídica.

Desde el prisma social, es una evidencia histórica que sin una actividad de colaboración en el trabajo el progreso de la ciencia, de la técnica, de las artes y el desarrollo de la vida misma en sociedad, serían inviables. Ciertamente, esa actividad no ha tenido, ni tiene en la actualidad, para la mayor parte de los trabajadores una base plenamente voluntaria desde el punto de vista material, ya sea por la existencia del

trabajo forzoso (sistema esclavista y régimen de servidumbre, no eliminados todavía en algunas partes del mundo en sus modalidades actualizadas), ya sea por la extensión del trabajo dependiente y la desigual distribución del poder económico y jurídico que éste implica (sistema capitalista), aunque bajo este último sistema dicho trabajo pueda considerarse jurídicamente libre en contraste con los anteriores.

Pero, a pesar de esa relevante limitación respecto de la voluntad, la colaboración en el trabajo puede constatarse, sobre todo mediante el engarce, directo o indirecto, de las distintas funciones que han de llevar a cabo los trabajadores entre sí en una misma empresa o centro de trabajo. En esta colaboración influyen distintos factores. Factores biológicos y sociales, relativos a la continuidad de la especie humana y de la vida misma en sociedad. Factores materiales, vinculados a las condiciones en que el trabajo se desempeña. Y factores subjetivos, conectados con el desarrollo de la personalidad, la integración social y la posibilidad de una vida digna, si bien la incidencia de estos últimos factores en las relaciones de colaboración depende en gran medida de las distintas condiciones de trabajo existentes en cada lugar y momento, de acuerdo con la evolución de las fuerzas productivas.

Consideradas las pautas de colaboración laboral desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico democrático, la dimensión clasista y el carácter conflictual del Derecho del Trabajo no pueden traducirse de ningún modo en imposición forzada o violenta de una clase social respecto de la otra, con vulneración de los derechos y libertades constitucionales y de los principios democráticos. En este sentido, por ejemplo, el derecho de negociación colectiva cumple, junto a otras funciones de ordenación, promoción, limitación de poderes empresariales y regulación de la competitividad empresarial [Capítulo 2, IV, 2, B)], una estimable función de transacción y colaboración negocial entre sujetos antagónicos. Tal colaboración también permite mejorar las condiciones de trabajo y, al tiempo, alcanzar pactos transitorios de paz social en el marco de una relación dialéctica y permanente entre negociación y conflicto, en cuanto instituciones compatibles entre sí y con el reconocimiento de la dimensión primaria y medular que posee el conflicto de trabajo en la sociedad industrial.

B) Derecho de pluralidad protectora

De los distintos intereses que concurren en la norma laboral deriva el plural signo protector que presenta la intervención del legislador y de los interlocutores sociales en las relaciones laborales. En primer lugar, el ordenamiento laboral surge para tutelar los derechos e intereses del trabajador individualmente considerado y, de forma indirecta, de los sujetos colectivos que le representan y defienden jurídicamente. En segundo término, y a un mismo tiempo, aquella intervención se produce con finalidad protectora de los derechos e intereses del empleador y, también de modo indirecto, de las asociaciones que éste constituye con finalidad laboral, por lo que es inexacto e ideológicamente interesado silenciar esta última y decisiva faceta tutelar. En tercer lugar, no puede desconocerse que la norma de trabajo atiende también al interés de la empresa, concebido no como un ámbito artificialmente superador de la dialéctica que contrapone trabajo y capital, sino en cuanto esfera en la que existen ciertos valores y principios que deben ser salvaguardados para el adecuado funcionamiento de la sociedad. Por último, la intervención protectora de la norma laboral se dirige también a la ciudadanía en aquellos casos en los que el ejercicio de derechos laborales le afecte, de forma que sea necesaria la acción tutelar de dicha norma a su favor.

No obstante, debe señalarse que la protección de los intereses del empleador sólo se efectúa en parte mediante la legislación laboral en el caso del trabajo en régimen administrativo y del trabajo autónomo, habida cuenta de que su sujeción al ordenamiento de trabajo es sólo parcial.

La referida pluralidad de intereses se encauza mediante determinados principios reguladores que guían la acción normativa en el ámbito de las relaciones laborales: el principio pro operario, el principio pro empleador, el principio pro empresa y el principio pro ciudadano. Sin perjuicio de su articulación independiente en determinados supuestos, debe tenerse en cuenta que estos principios suelen recogerse conjuntamente en las normas y preceptos laborales.

Los mencionados principios operan sobre determinados ámbitos de afectación y de acuerdo con ciertas finalidades y técnicas reguladoras.

a) El principio pro operario

a') Ámbitos de afectación

Tradicionalmente el carácter protector del ordenamiento laboral se afirma respecto de la posición jurídica del trabajador dependiente, a fin de corregir la desigualdad constitutiva que éste mantiene en la relación individual de trabajo. Se trata del *principio pro operario* en su manifestación reguladora o normativa, que no debe confundirse con su faceta judicial (Capítulo 3, II, 2). La existencia de este rasgo en cualquier ordenamiento laboral democrático es admitida pacíficamente, al margen de la dosis de protección que en cada momento brinde el mismo.

En nuestro ordenamiento, y como más adelante se estudiará [Capítulo 2, II, 1, A)], la doctrina constitucional recoge con claridad este carácter compensador del Derecho del Trabajo, al afirmar que «el legislador… al regular las relaciones de trabajo… constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias» (STC 3/1983). De esta pretensión del legislador «deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual… se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales» (SSTC 3/1983, 14/1983 y 114/1983).

Esta doctrina está exclusivamente referida al trabajador asalariado y, de forma derivada a los sujetos colectivos que representan, defienden y promocionan sus intereses, así como a las instituciones, administrativas y judiciales, que tutelan dichos intereses. Pero no puede perderse de vista que en los tipos de trabajo dependiente a los que se aplica en parte el ordenamiento laboral (trabajo en régimen administrativo y trabajo autónomo), aunque el trabajador no establezca la relación de dependencia propia del trabajo asalariado mantiene sin duda una situación de dependencia jurídica y económica respecto del empleador público o del cliente o usuario. En estos supuestos, existe una determinada dependencia funcional u organizativa del trabajador que le sitúa en la estructura social en una posición socioeconómica semejante a la del trabajador asalariado. En esta semejanza encuentra fundamento la selectiva protección, también compensadora, que ciertas normas laborales brindan a los trabajadores no asalariados (protección de la salud laboral, de la libertad sindical…).

b') Finalidades y técnicas reguladoras

La finalidad de proporcionar un contenido de la norma laboral favorable a los sujetos individuales y colectivos de las relaciones articuladas en torno al trabajo dependiente, puede ser doble: promocional y compensadora.

La finalidad promocional tiene carácter sustancial, conforme al mandato del artículo 9.2 CE. Busca la libertad e igualdad reales y efectivas del trabajador y de sus organizaciones y órganos representativos (por ejemplo, igualando mediante la ley las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres o reconociendo a los trabajadores la titularidad a los medios de producción).

Menos ambiciosa que la anterior, pero también necesaria, la finalidad compensadora pretende equilibrar la asimetría existente en la relación individual de trabajo (por ejemplo, regulando determinadas condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva laboral), pero sin llevar a cabo un cambio básico o sustancial de la posición subordinada del trabajador en la relación individual de trabajo del sistema capitalista.

Para cubrir dichas finalidades, la acción normativa utiliza distintas técnicas reguladoras.

a'') Una técnica relativa al carácter de la norma. Puede presentar dos manifestaciones.

De un lado, una manifestación imperativa, de refuerzo del Derecho necesario, configurando la norma estatal laboral de rango superior con un carácter absoluta o relativamente inderogable por la norma de rango inferior o por los sujetos de la relación contractual individual (Capítulo 3, I). Ejemplo de lo primero la instauración de algunos principios aplicativos propios del Derecho del Trabajo o de ciertos procedimientos administrativos laborales y del proceso laboral en garantía de los derechos del trabajador. De lo segundo, la regulación del salario mínimo interprofesional.

De otro lado, una manifestación facultativa, mediante la que se posibilita la colaboración meliorativa o complementaria del convenio colectivo respecto del contenido de la norma legal imperativa (art. 85.1 ET).

b'') Una técnica relativa al contenido de la norma, en cuya virtud se reconocen y garantizan derechos laborales, en especial de autonomía normativa y de autotutela colectiva, con finalidad compensadora de la fragilizada posición contractual del trabajador en la relación individual de trabajo [Capítulo 2, II, 1, C)].

c'') Una técnica relativa a la actividad probatoria, concebida para favorecer al trabajador (si bien el empleador también puede beneficiarse de ella), gracias a la cual se establecen presunciones legales (arts. 8.1 y 15.3 ET) o se invierte de forma relativa de la carga de la prueba en el proceso laboral en determinados supuestos (art. 96 LJS).

b) El principio pro empleador

En la protección que las normas laborales brindan al empleador es necesario distinguir entre el empleador privado y el empleador público, habida cuenta de que las distintas finalidades que guían la actividad de esas dos clases de sujetos de las relaciones de trabajo modulan la regulación y la aplicación de las normas laborales. Adviértase, además, que el término empleador, utilizado indistintamente en el artículo 1.1 ET junto al de empresario, es más exacto, conceptual y normativamente, que este último, ya que la noción de empleador engloba a toda aquella persona, física o jurídica, que recibe la prestación de servicios asalariados, en tanto que la de empresario evoca la condición de titular de una empresa concebida como entidad económica.

a') Empleador privado

a'') Ámbito de afectación

En el ámbito del trabajo asalariado, la protección de los intereses del empleador se articula en los distintos planos de las relaciones laborales. En el plano individual, el contrato de trabajo es el instrumento jurídico mediante el cual el empresario hace suya, inicial y directamente, la fuerza de trabajo y los frutos que de la misma derivan, a cambio de una determinada remuneración. Consecuente con esa doble cesión inicial, en la ejecución del contrato el ordenamiento laboral incorpora reglas básicas que protegen al empleador desde el poder de mando que jurídicamente se le atribuye y que se diversifica en el poder directivo, el poder modificatorio y el poder disciplinario. Tales poderes se fundan en el reconocimiento constitucional la libertad de empresa, cuyo ejercicio se garantiza y protege junto a la defensa de la productividad [Capítulo 5, II, 3, A)]. Pero debe dejarse apuntado ahora que la libertad de empresa constitucionalmente reconocida no está vinculada de modo exclusivo al modo de producción capitalista, sino que puede actuar, con un significado y finalidad muy distintos, bajo otras fórmulas productivas [Capítulo 2, I, D)].

En el plano colectivo, la norma tutela, asimismo, los intereses del empleador privado. De un lado, mediante ciertas formas de participación en la empresa por parte de los representantes de los trabajadores, que contribuyen a legitimar la dimensión social de la actividad empresarial. De otro, a través de la negociación colectiva, que, junto a esa función legitimadora, cumple la relevante de evitar o reducir el *dumping social*, es decir, la competencia desleal que podría producirse si las empresas de un mismo sector econó-

mico no se sometieran a una homonegeneidad básica en la regulación convencional de las condiciones de trabajo de sus trabajadores (por ejemplo, en materia retributiva).

En el plano de las relaciones de garantía, administrativa y procesal, del sistema normativo laboral, también se tutelan, en consecuencia, los intereses del empleador privado. Aunque el principio de igualdad no rija de forma plena en el proceso laboral (Capítulo 24, II, 2), no por ello deja el empleador de gozar del derecho a la tutela judicial efectiva, estando legitimado para emprender las acciones judiciales que considere oportunas en defensa de sus intereses o para oponer las pertinentes resistencias como demandado respecto de dichos intereses.

Por lo que respecta la protección sustantiva de los intereses del cliente que formaliza un contrato de actividad con el TRADE no corresponde al ordenamiento laboral, sino a normas administrativas, civiles o mercantiles (por ejemplo, la extinción de la relación contractual con el TRADE: art. 15 LETA). Al margen igualmente de aquella tutela sustantiva de la legislación laboral queda la sociedad cooperativa de trabajo asociado respecto de los socios trabajadores, que, en este aspecto, se rige por la legislación cooperativa (arts. 1 y 80 a 86 LC).

Sin embargo, la tutela judicial de los intereses empresariales en los referidos tipos de trabajo (TRADE y trabajo cooperativo asociado) también resulta amparada, como se vio, por el ordenamiento laboral, al atribuirse a la jurisdicción social el conocimiento de todas las cuestiones litigiosas que se susciten, de un lado, respecto de los TRADE, tanto en su vertiente individual como colectiva, así como, de otro, entre la cooperativa y los socios trabajadores relacionadas de forma exclusiva con la prestación de sus servicios», es decir, con las cuestiones vinculadas a la aportación de trabajo.

b") Finalidades y técnicas reguladoras

La tutela de los intereses del empleador privado obedece primordialmente a una finalidad económica: la maximización de un beneficio de esta naturaleza, ya se trate de trabajo asalariado, ya de trabajo autónomo no cooperativo asociado. Dada la preeminencia socioeconómica y jurídica de que comúnmente goza el empleador privado en esas clases de trabajo, la protección de ese interés resulta esencial para el mantenimiento del modo de producción capitalista y del sistema económico sobre el que éste se erige. La tutela de los intereses del trabajador (protección del empleo, retribución, formación profesional…) se subordina, de este modo, al valor económico y a la finalidad de rendimiento de la fuerza de trabajo, funcional a la obtención de aquel beneficio.

El favorecimiento de los intereses del empleador puede alcanzarse mediante distintas técnicas desreguladoras.

1.ª Una técnica desreguladora selectiva, consistente en suprimir determinadas reglas de Derecho necesario favorables al trabajador, sin que le esté permitido a la negociación colectiva intervenir para restaurar dicha supresión. En la evolución contemporánea del ordenamiento laboral esta técnica no afecta a todo este sector, pues ello supondría una vuelta a los orígenes y a la aplicación integral de las normas civiles. Incide en determinadas figuras o instituciones laborales, generalmente de forma parcial. Por ejemplo, la supresión de la autorización administrativa que con anterioridad a la reforma laboral de 1994 se establecía para poder llevar a cabo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET).

2.ª Una técnica desreguladora remisiva, dirigida a suprimir el acervo de Derecho necesario favorable al trabajador, remitiendo a la negociación colectiva su posible regulación. Por ejemplo, suprimiendo el derecho reconocido en la norma estatutaria a un complemento salarial en función de la antigüedad del trabajador en la empresa y sustituyéndolo por una mera posibilidad de su reconocimiento en los términos que pueda fijar el convenio colectivo (art. 25.1 ET).

3.ª Una técnica desreguladora subsidiaria, merced a la cual la propia norma legal establece su carácter supletorio respecto de la negociación colectiva, de forma que dicha norma sólo es aplicable en defecto de lo acordado en convenio colectivo. Se da preferencia así a la negociación colectiva para que regule de forma prioritaria materias en las que con anterioridad era la norma legal la que establecía los límites pro trabajador dentro de los que podía moverse dicha negociación. Por ejemplo, con anterioridad a la reforma

laboral de 1994 el artículo 14.1 ET establecía la duración máxima del período de prueba que los sujetos del contrato de trabajo pueden pactar. El convenio colectivo sólo podía suplementar esa regulación legal mejorándola, esto es, fijando una duración inferior al máximo establecido por la norma estatutaria. Después de esa reforma el convenio colectivo puede establecer de modo preferente aquella duración (ahora inferior o superior al máximo legal) y sólo en defecto de pacto en convenio se ha de aplicar la duración máxima que recoge la norma legal si las partes en el contrato deciden concertar dicho período.

Por lo que al empleador organizado como CTA respecta, su finalidad primordial, delimitada por su objeto social, es la de proporcionar a sus socios trabajadores puestos de trabajo (art. 80.1 LC). Para facilitar esta finalidad la titularidad de la empresa es colectiva («propiedad conjunta» o cotitularidad), atribuyéndose la misma a los socios trabajadores, que son, en consecuencia, quienes la gestionan y administran bajo una estructura y funcionamiento democráticos y conforme a los principios formulados por la ACI en los términos que resultan de la LC (art. 1.1 LC). Entre dichos principios destacan el de igualdad de derechos de voto de los socios (un socio, un voto), el principio de educación, formación e información y el principio de interés por el desarrollo sostenible de sus comunidades (DIC). Tales principios se fundan en unos valores consustanciales al cooperativismo, como son la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad (DIC). Por tanto, la productividad y la generación de excedentes, aun siendo necesarios, están supeditados a la creación y mantenimiento del empleo y no a la inversa.

Las técnicas reguladoras que instrumentan aquel objeto social y los principios sobre los que el mismo se construye, pretenden guardar coherencia con éstos, aunque no siempre lo consigan de modo pleno, pues ello exigiría, al tiempo, una planificación democrática de la economía y de las relaciones laborales por parte del Estado en los distintos niveles territoriales en que el mismo se estructura. En todo caso, dichas técnicas reguladoras suelen obedecer, con especial intensidad, a una finalidad promocional en la que convergen la heteronomía de la norma estatal, con preeminencia del derecho necesario, y la autonomía de los estatutos y acuerdos societarios adoptados por sus órganos competentes.

b') Empleador público

En contraste con el empleador privado, los intereses atribuidos al empleador público son los de carácter general (art. 103.1 CE), que guían el ejercicio de los cometidos encomendados a las Administraciones (actividad de ordenación, de servicio público y de fomento). La inexistencia de ánimo lucrativo por parte de éstas cuando actúan como empleador público, manteniendo el pleno ejercicio de sus potestades públicas, no significa ausencia de conflictos de intereses de carácter profesional con los empleados públicos a su servicio. La protección de los intereses de las Administraciones en sus relaciones con este personal se dispensa, bien por el ordenamiento administrativo en relación con el personal sujeto a este régimen, bien por el ordenamiento de trabajo cuando la Administración actúa en condición de empresario respecto de sus trabajadores asalariados, aunque en este supuesto con algunas singularidades relevantes [por ejemplo, en materia de contratación laboral, Capítulo 6, I, C), o de negociación colectiva laboral, Capítulo 19, III, 5, D)].

El ordenamiento laboral y, por tanto, la protección que éste ofrece a todo empleador, resulta también aplicable en los supuestos en que la Administración persigue un lucro económico, bien que al servicio, íntegra o parcialmente, de los intereses generales. Así sucede, en primer lugar, con *las entidades públicas empresariales*, que tienen la condición de organismos públicos para la prestación y gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación (art. 53.1 LOFAGE). La mayor parte del personal que presta sus servicios en estas entidades públicas se rige por el Derecho del Trabajo, con algunas excepciones (procedimientos de selección, condiciones retributivas…, art. 55.1, 2 y 3 LOFAGE). En segundo lugar, el ordenamiento laboral también es aplicable a *las sociedades mercantiles*, que no forman parte de la Administración pero respecto de las que ésta puede ostentar la propiedad mayoritaria

o exclusiva. Dichas sociedades se rigen íntegramente por el Derecho privado, con ciertas excepciones (por ejemplo, en materia presupuestaria y de control financiero: Disp. Adic. 12.ª LOFAGE).

c) El principio pro empresa

a') Ámbito de afectación

En el trazado de su ámbito de afectación, el principio pro empresa no debe confundirse en el ordenamiento laboral vigente con el principio pro empleador. El primero se orienta a la salvaguarda de los intereses de la institución en cuanto resulta necesaria para la organización de la producción de bienes y servicios en cualquier sistema económico que pueda establecerse en las sociedades desarrolladas. El segundo se dirige a proteger los específicos intereses de la persona física o jurídica titular de la empresa, intereses que, aunque habrían de coincidir con los de la institución, no siempre es así en la actual configuración de la libertad de empresa, ya que la maximización del beneficio puede perjudicar de manera notoria otros intereses protegidos (por ejemplo, baja calidad de los productos o salarios insuficientes para reducir el coste de los bienes y servicios).

Desde el punto de vista de la norma de trabajo, el interés de la empresa afecta a los distintos planos de las relaciones laborales (individuales, colectivas y de garantía, administrativa y judicial). Esa afectación deriva tanto de la necesidad de establecer determinadas reglas que aseguren el normal y continuado desarrollo de la actividad productiva con respeto a los derechos de los trabajadores, como de prevenir y resolver jurídicamente los conflictos de índole laboral que puedan suscitarse en el seno de la empresa. Tal necesidad se impone cualquiera que sea el sistema económico que rija dicha actividad. Sin embargo, la necesidad objetiva de regular los intereses de la empresa queda empañada en el sistema capitalista, dado que la dialéctica que contrapone trabajo y capital implica la confusión sesgada entre interés del empleador e interés de la empresa. Por ejemplo, la reducción del volumen de las plantillas por la vía del despido colectivo identifica indebidamente ambos intereses al aceptarse por la norma que la causa económica permite decidir al empleador las extinciones de contratos de trabajo cuando existan pérdidas, aunque éstas no pongan en peligro real la continuidad de la empresa (Capítulo 14, IV, 3).

Por otra parte, y sobre la base de la necesaria distinción que acaba de señalarse, el principio que ahora se considera afecta al trabajador dependiente, ya preste sus servicios en la empresa privada ya lo haga en las Administraciones públicas, aunque las finalidades que informan unas y otras sean diversas como ya se vio con anterioridad [*supra* 4.2, B)].

b') Finalidades y técnicas reguladoras

La finalidades de la empresa privada varían en función del objeto social que ésta persiga. La empresa capitalista se propone obtener una ganancia ilimitada, a la que se supeditan las restantes finalidades, entre ellas la creación de empleo y su mantenimiento. El objeto social de la empresa cooperativa asociada es proporcionar puestos de trabajo a los socios trabajadores, bajo la titularidad privada y colectiva de la empresa, subordinándose a este objeto la obtención de beneficios.

Las técnicas reguladoras de estas dos formas organizativas de la empresa, se orientan, en el ámbito privado, a estimular y promover la existencia y funcionamiento de ambas (por ejemplo, ayudas económicas y técnicas para su constitución y desarrollo), si bien es la empresa capitalista la que cuenta en la práctica con un mayor soporte normativo e institucional por parte de los poderes públicos. La organización y funcionamiento de estas dos clases de empresa pueden ser objeto de técnicas limitativas en cuanto al procedimiento, para lo que debe respetarse el suficiente rango de la normas que las articulen (STC 83/1984), y en cuanto al contenido, sin que, a este respecto, puedan desconocerse los intereses de eficiencia, productividad y rentabilidad, inherentes a la institución empresarial (SSTC 83/1984 y 37/1987).

Con la necesaria modulación derivada de los supuestos de empresas públicas que se orientan a la obtención de un beneficio económico, la finalidad central de las Administraciones Públicas estriba en servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), como ya se señaló. Esta finalidad implica la utilización de técnicas reguladoras en las que prevalece una elevada exigencia en la aplicación del principio de igualdad ante la ley y en la prohibición de discriminación (art. 14 CE). Ello sucede, por ejemplo, con los procedimientos de selección de personal.

d) El principio pro ciudadano

La norma laboral no se desentiende de los efectos que la misma puede producir sobre terceros, brindado a éstos protección en determinados casos. Tal sucede, por ejemplo, en el supuesto en que deba garantizarse el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en la convocatoria de huelga en un sector de la actividad productiva que tenga esa calificación, o en el supuesto de tercerías de dominio en el proceso laboral de ejecución ordinaria cuando se embargan bienes que pertenecen sólo en apariencia al deudor ejecutado, pero que, en realidad, son propiedad de un tercero al que se faculta para que pueda pedir el levantamiento del embargo sobre tales bienes.

Las técnicas reguladoras se dirigen a proporcionar ciertas garantías a los ciudadanos que puedan estar afectados por la aplicación de las normas laborales. En el ejemplo anterior, la decisión de la autoridad administrativa competente estableciendo los servicios mínimos a mantener.

C) Derecho reversible

El carácter contingente es un axioma establecido con relación al Derecho en general y a la propia Historia de la que éste forma parte. En el Derecho del Trabajo ese rasgo tiene una especial intensidad. Ciertamente, esta disciplina ha experimentado desde su nacimiento un claro progreso en la protección de los intereses del trabajo dependiente en las democracias liberales occidentales, aunque la realidad sea muy distinta en un buen número de países subdesarrollados donde la extensión e intensidad de la pobreza, el trabajo forzoso o el trabajo infantil atentan cotidianamente contra la dignidad del ser humano y condicionan los esfuerzos de la OIT por introducir normas laborales a favor de un trabajo decente. Pero, incluso en las democracias occidentales, ese progreso no sólo no puede considerarse automático o ineluctable, sino que es reversible, es decir, que está sometido a avances y retrocesos como la misma evolución del ordenamiento del trabajo enseña. La sinuosa trayectoria de este ordenamiento en la tutela del trabajo dependiente obedece, en esencia, a *factores socioeconómicos y políticos* que en orden a esa protección pueden clasificarse en *positivos, negativos y ambivalentes*.

Desde el punto de vista socioeconómico, la adecuada formación académica y profesional, la correspondencia entre dicha formación y el empleo, el empleo cooperativo o la preferencia por la contratación laboral indefinida son, a modo de ejemplo, factores positivos que contribuyen al progreso y al desarrollo social y personal. La especulación económica, la falta de inversión productiva, la deslocalización de empresas a fin de aminorar costes de producción (entre ellos el del factor trabajo) o la preeminencia de la contratación laboral temporal, aparecen como factores negativos que desmantelan la seguridad necesaria a todo trabajador y los proyectos de una vida digna que sobre la misma pueden construirse, favoreciendo el debilitamiento de los vínculos sociales. Un tercer grupo de factores socieconómicos tiene un carácter ambivalente. Entre ellos el progreso tecnológico, el incremento de la productividad, el aumento de la esperanza de vida, pueden utilizarse en un sentido positivo a fin de lograr una mejor calidad de vida laboral, personal y familiar o, por el contrario, pueden contribuir a la destrucción de empleo sin crear alternativas laborales o sociales válidas, a la alienación de la persona en un ocio culturalmente empobrecedor y en un consumismo estéril que degradan la condición humana.

Desde el prisma político, la respuesta de la norma laboral a la incidencia que sobre las relaciones laborales tienen los factores socioeconómicos no es tampoco uniforme en la evolución del Derecho del Trabajo, obedeciendo, asimismo, a factores *negativos, ambivalentes o positivos*. En las dictaduras prevalece el factor negativo, quedando amputado el Derecho del Trabajo en áreas neurálgicas por la supresión general de los derechos fundamentales y las libertades públicas y, en particular, de la libertad sindical y de los derechos consustanciales a la misma. En las democracias liberales la ambivalencia es el factor predominante, dado que, como ya se indicó, la integración del conflicto laboral pretende lograrse mediante un equilibrio asimétrico e inestable de intereses, que hace prevalecer, en última instancia, los propios de las clases dominantes en el sistema económico capitalista, aunque, para evitar su desplome, el legislador y, en menor medida, los agentes sociales, articulan soluciones normativas que suponen ciertas garantías para la posición económica y jurídicamente subordinada de las clases trabajadoras (por ejemplo, despido colectivo con amplio abanico de causas pero manteniendo el control judicial). De modo excepcional, el factor positivo surge de forma prevalente en algunos momentos históricos de cambio jurídico-político en los que se crean normas que posibilitan una transformación profunda del orden económico y del sistema político en el marco del Estado social y democrático de Derecho, anteponiendo a cualquier otra consideración la dignidad de la persona y los derechos inviolables inherentes a la misma. Es el caso del vigente texto constitucional de 1978 (Capítulo 2, II, 1).

II. BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO DEL TRABAJO: EVOLUCIÓN GENERAL

1. Introducción

La norma jurídica ha regulado el trabajo dependiente desde que se tiene constancia histórica documentada, ya que, como se señaló, el conflicto laboral es detectable en las sociedades preindustriales (esclavista y feudal). Recuérdese también que ese conflicto laboral se transforma en conflicto industrial a partir de un momento histórico determinado: aquel en que confluyen las Revoluciones burguesas y la Revolución Industrial. El conflicto industrial, como forma específica del conflicto laboral, es aquel que contrapone trabajo asalariado y capital.

Es en el marco del conflicto industrial donde se extenderá la partida de nacimiento del actual Derecho del Trabajo. Inicialmente bajo la denominación de legislación obrera o legislación industrial, pasando luego por distintas denominaciones (Derecho Industrial, Derecho Social, Derecho Obrero…), hasta llegar al actual Derecho del Trabajo, denominación esta última que identifica mejor el objeto de regulación prioritaria, aun que no exclusiva, por parte de la norma jurídica: el trabajo asalariado.

En la trayectoria histórico-jurídica del trabajo dependiente pueden distinguirse dos grandes fases. Una primera tiene lugar en el marco de las sociedades precapitalistas y comprende la Edad Antigua y la Edad Media. La segunda se sitúa en las sociedades capitalistas y abarca la Edad Moderna y la Edad Contemporánea. La línea divisoria entre estas dos fases viene dada por la Revolución Industrial, un profundo proceso de cambios sociales, económicos, políticos y culturales cuyo germen se encuentra en la manufactura del siglo XVI y cuya estela de transformaciones se extiende hasta la primera mitad del siglo XIX, afectando de manera trascendental a la prestación del trabajo por cuenta ajena.

Las características esenciales que diferencian la regulación del trabajo dependiente en esas dos fases pueden sintetizarse en dos: una de carácter ideológico y otra de índole propiamente jurídica. En las sociedades precapitalistas la primera se refiere a la ausencia de mérito social del trabajo manual, considerado así como una actividad vil, abyecta y deshonrosa, propia de seres inferiores, por contraposición a la actividad filosófica, política, religiosa o militar, reservada a quienes tienen la consideración de ciudadanos u hombres libres. La segunda característica es consecuencia de la anterior, ya que, en gran medida, el trabajo manual es jurídicamente forzoso habida cuenta de la baja estima social que tiene esta clase de trabajo. Con todo,

la ausencia de mérito social y la forzosidad del trabajo son dos rasgos generales del trabajo dependiente que conviven con la prestación de este tipo de trabajo en régimen de libertad, si bien éste tiene un volumen muy inferior.

Ambas características generales se superan paulatinamente en determinadas sociedades capitalistas durante las Edades Moderna y Contemporánea, revalorizándose el trabajo manual dependiente y rodeando su prestación de garantías jurídico-formales de libertad. No debe olvidarse, sin embargo, que en amplias zonas del mundo ese proceso de superación no se produce, perviviendo en nuestros días formas forzosas de prestación del trabajo dependiente como consecuencia, sobre todo, del colonialismo y del subdesarrollo económico y social de extensos territorios del planeta. Tanto es así, que la OIT, en el Convenio 29/1930, de 28 de junio, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, hubo de proclamar que «Todo miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas» (art. 1). España ratificó dicho Convenio el 8 de abril de 1932, entrando en vigor el 29 de agosto de 1933.

2. Regulación del trabajo dependiente en las sociedades precapitalistas

Las formas institucionales que reviste el trabajo dependiente en las sociedades precapitalistas discurren por la doble vía del trabajo forzoso y del trabajo en libertad. El primero se manifiesta con la esclavitud y la servidumbre, como expresiones mayoritarias de los correspondientes modos de producción. El segundo aparece articulado en torno a los contratos de arrendamiento de servicios y de ejecución de obra.

A) Sociedad esclavista

a) Trabajo forzoso: el régimen de esclavitud

El régimen de esclavitud, conocido ya en las sociedades primitivas —el Código de Hammurabi (1760 a.C) ya distinguía entre hombres libres, dependientes y esclavos— y extendido sobre todo en la cuna de nuestra civilización (Grecia y Roma), suponía que una persona, el dueño (*dominus*), ostentaba facultades de uso, disfrute y disposición sobre otra persona, el esclavo (*servus*), con arreglo al derecho real de propiedad. A este régimen se accedía por distintas causas (nacimiento de madre esclava aunque fuera concebido por obra de hombre libre, cautividad por causa de guerra, condena penal por delitos graves, falta de pago de impuestos, deserción del Ejército…), extinguiéndose por manumisión del dueño o por concesión del Estado. El modo de producción esclavista, constituido sobre esta base, sustentará la estructura económica de las civilizaciones griega y romana y contribuirá de forma decisiva al desarrollo del pensamiento y la cultura gestadas en su seno.

Desde esa plataforma socioeconómica generalizada, el esclavo era considerado jurídicamente como una cosa, un simple objeto. En términos generales, carecía de capacidad jurídica y, por ello, no era sujeto de derecho (*servile caput nullum ius habet*). Sin embargo, tenía una limitada capacidad de obrar. Ésta se manifestaba, básicamente, en el ámbito de la capacidad negocial (podía realizar ciertos negocios jurídicos, aunque todo lo que adquiriese a través de ellos pasaba automáticamente al patrimonio del dueño), de la capacidad penal (ya que podía cometer delitos y responder por ellos, si bien el dueño era civilmente responsable de los delitos privados), de las relaciones familiares (uniones y descendencia entre esclavos) y de las relaciones religiosas (práctica del culto público y familiar).

Las facultades de dominio del dueño sobre el esclavo se concebían por el pensamiento filosófico griego como una relación jerárquica derivada de la propia naturaleza, ya que «Algunos seres, desde el momento en que nacen, están destinados, unos a obedecer, otros a mandar» (Aristóteles). Entre las facultades de dominio del dueño ocupaba un lugar relevante la de hacer trabajar al esclavo y apropiarse de los frutos o resultados de su trabajo. Este trabajo era ciertamente forzoso, tanto porque el esclavo carecía de voluntad

al no estar dotado de personalidad jurídica, cuanto porque el dueño ostentaba un amplísimo abanico de derechos sobre la vida y la persona del esclavo, si bien en la época imperial, al calor de la filosofía estoica y del cristianismo, se introducen ciertos límites al poder dominical (responsabilidad del dueño por el maltrato o muerte injustificados del esclavo o por acusación calumniosa a éste…).

Desde la perspectiva actual, podría decirse que el esclavo trabajaba por cuenta ajena. Ahora bien, teniendo el esclavo jurídicamente la condición de cosa y no de persona, no es posible admitir la existencia de ajenidad con el significado contractual contemporáneo, de traslación o cesión voluntaria de dominio. Tan sólo puede decirse que el trabajo del esclavo constituía un modo de adquirir originariamente la propiedad, pues al formar parte los esclavos del patrimonio del dueño, siendo éstos «una propiedad viva» (Aristóteles), los frutos de su trabajo se incorporaban directamente a ese patrimonio, sin intervención alguna de la voluntad del esclavo.

La cosificación jurídica del esclavo y el consiguiente derecho real de propiedad que habilitaba al dueño para apropiarse de su esfuerzo laboral y de los frutos del mismo, determinaban la inexistencia de derecho alguno de retribución. Con todo, el eslavo podía tener un peculio (pequeña cantidad de bienes o dinero que le concede el dueño en disfrute y administración, cuya posesión y propiedad quedan vinculados al dueño). Aunque la remuneración del esclavo no era en modo alguno obligación del dueño, éste solía conceder manutención y alojamiento a fin de mantener el carácter rentable de su propiedad.

b) Trabajo jurídicamente libre: los arrendamientos

Junto con el trabajo forzoso en régimen de esclavitud, las sociedades preindustriales conocieron también el régimen de trabajo libre. Este trabajo se prestaba bien en forma de trabajo autónomo (profesiones liberales, campesinos, artesanos…) mediante el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*), bien en forma de trabajo por cuenta ajena a través del arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) celebrado con hombres libres originariamente o bien por manumisión (libertos) y, por tanto, dotados de personalidad jurídica. Esta última figura constituye el antecedente del moderno contrato de trabajo. No obstante, el espacio que ocupaban estos arrendamientos de servicios era mínimo, pues la base principal del sistema productivo radicaba, en Grecia y en Roma, en el trabajo forzoso en régimen de esclavitud.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, pese a la mayor libertad jurídica de que disponían, la situación material de los trabajadores acogidos a este régimen contractual no era siempre mejor que la de los esclavos. Éstos, cuando menos, eran alimentados y cobijados por el dueño, en tanto que, en ciertas épocas, aquéllos carecían de bienes y trabajo, al detentar la propiedad de la tierra una minoría y copar los cautivos de guerra reducidos a esclavitud el trabajo anteriormente desempeñado en régimen de libertad.

B) Sociedad medieval

a) Trabajo forzoso: el régimen de servidumbre

El régimen de esclavitud, tal como se conocía en la Edad Antigua, va a atenuarse durante la Edad Media, aunque sin desaparecer. Esta mitigación obedece a dos causas principales. Una es ideológica y responde a la expansión de la filosofía estoica, para la que el sujeto a esclavitud es más un trabajador esencialmente libre que ha arrendado de por vida sus servicios que una categoría especial de ser humano o que un mero «instrumento animado» como dijera Aristóteles, así como del pensamiento de raíz cristiana, que crean las bases de una crítica de la esclavitud (Séneca, Cicerón, Epícteto…). Crítica que, aun procurando disminuir el rigor de la misma, no alcanzaba, sin embargo, a cuestionarla como institución, considerándose que ésta era fruto del pecado (San Agustín) y que la verdadera esclavitud no era física o terrenal, sino espiritual o moral, recoméndandose por ello a los esclavos que sirvieran a los amos «con temor y temblor» (Efesios, 6.5). La otra causa es socioeconómica y deriva de la disolución del Imperio romano y de la consiguiente liberación de los esclavos rurales (los colonos romanos).

La constitución de la sociedad medieval, de base esencialmente agraria, si bien rechaza la esclavitud romana, va a conducir a la emergencia de los señoríos territoriales o feudales, núcleos de poder político, militar y jurisdiccional que someten a la población campesina, imponiendo a los cultivadores de la tierra un nuevo sistema de distribución y aprovechamiento de la misma: el régimen de servidumbre, basado también en el derecho de propiedad y constitutivo del modo de producción feudal.

El régimen de servidumbre suponía, como se ha dicho, una cierta atenuación de la esclavitud, si bien convive con la esclavitud propia durante toda la Edad Media. A diferencia del esclavo, el siervo —en su mayoría campesinos o trabajadores agrarios— era considerado como persona y no como cosa, gozando de ciertos derechos en la esfera personal y familiar. Ahora bien, en la práctica, su trabajo era sin duda forzoso, pues estaba vinculado hereditariamente a la tierra, cuyo dominio eminente correspondía al señor, en tanto que el siervo retenía el dominio útil, viniendo obligado al pago de un canon, que podía ser en dinero o en especie (productos de la tierra), y de ciertas prestaciones personales a favor del señor (alojamiento, manutención, servicio doméstico, originariamente servicio de armas...) a cambio de la protección que el señor le brindaba, en un período histórico caracterizado por una marcada anarquía e inseguridad personal y patrimonial como consecuencia de la extrema debilitación del Estado. Estas relaciones de trabajo se insertaban en la estructura estamental del feudalismo (nobleza, clero y estado llano, si bien este último no era homogéneo), cuya rígida organización deriva de una concepción teocéntrica y jerárquica de la sociedad.

La amplia variedad de situaciones de servidumbre existente en esta estructura estamental no permite generalizar en cuanto a la forma en que se prestaba el trabajo en ese régimen, por cuenta ajena o propia, pues ambas se daban en la realidad. En unos casos, la tierra pertenecía originariamente al siervo (trabajo en régimen de autonomía), pero en otros el titular inicial era el señor feudal (trabajo por cuenta ajena). Sea como fuere, lo importante es advertir que, en todo caso, el trabajo era forzoso, puesto que la condición de siervo era hereditaria y con ella permanente su obligación de trabajo para el señor.

b) Trabajo jurídicamente libre: el régimen gremial

Junto a la estructura feudal el campo, como formación social dominante, va a coexistir en la ciudad medieval otra estructura en la que el trabajo se organizaba en régimen de libertad. Las principales manifestaciones de trabajo libre van a desembocar en el régimen gremial. Las prestaciones libres de trabajo fuera del gremio son cuantitativamente menores aunque no inexistentes y suelen realizarse como trabajo autónomo (trabajo en el mar, artesanía, abogacía, medicina…).

El gremio aparece originariamente en Alemania e Inglaterra en el siglo xi, procedente de las antiguas cofradías religiosas. Es una asociación privada de tipo corporativo, que integra a los artesanos o comerciantes de un mismo oficio o profesión dentro de una ciudad, pero que agrupa tanto a empresarios como a trabajadores, con la finalidad de atender la defensa y ayuda mutua de sus miembros. En su seno se establecen relaciones laborales por cuenta ajena en régimen de libertad utilizándose, a estos efectos, el arrendamiento de servicios. Estas relaciones no se formalizan entre el gremio y los trabajadores, sino entre los maestros (que constituían la categoría profesional más elevada del régimen gremial y, al tiempo, eran empresarios y titulares de los talleres agremiados o asociados) y los oficiales y aprendices (auténticos trabajadores por cuenta ajena, subordinados a los anteriores y excluidos de la dirección y control de la propia corporación gremial).

El trabajo en los gremios se regulaba por las Ordenanzas gremiales, establecidas inicialmente por los maestros, y cuyo objeto era tanto regular las condiciones de trabajo (período de prueba, duración del contrato, régimen disciplinario, tiempo de trabajo…), y de protección social (enfermedad, paro forzoso…), como las condiciones técnicas bajo las que debían elaborarse los productos (precios, calidades…). Este segundo aspecto fue el dominante en la regulación gremial.

El régimen gremial comienza a declinar en el siglo xiv. Dos factores primordiales pueden apreciarse en este declive: la autonomía normativa y la estructura organizativa.

El poder autorregulador del gremio, en realidad de los maestros, va a debilitarse hasta desaparecer cuando el poder real interviene en la aprobación de las Ordenanzas primero y después las elabora y establece directamente, a fin de limitar los privilegios gremiales. Estos privilegios tienden más a satisfacer el interés particular del gremio que el interés general de los consumidores, en cuanto monopoliza, sin competencia posible, las reglas de una profesión u oficio.

En este sentido, la organización gremial se dirige paulatinamente a la defensa de los intereses de los maestros (empresarios) en perjuicio de los aprendices y oficiales, de los consumidores y del entero sistema económico. De este modo, el gremio fue convirtiéndose en un medio para frenar tanto la promoción de los trabajadores en su seno, como las nuevas técnicas de producción que ya se inician en el siglo XVI con la manufactura, puesto que tales técnicas suponían una competencia a la que difícilmente se podía hacer frente con los clásicos procedimientos artesanales.

3. Regulación del trabajo dependiente en las sociedades capitalistas: elementos

La actitud cerrada, monopolística y abusiva del gremio va a conducir paulatinamente a su práctica desaparición en el siglo XVIII. El sustituto del régimen gremial de trabajo será el régimen de trabajo asalariado, en cuanto relación jurídico-individual típica del modo de producción capitalista. La regulación del trabajo asalariado se inserta en una estructura institucional en la que pueden advertirse cuatro elementos, diferenciables entre sí bien que interconectados:

1.º El elemento material, identificado con la Revolución Industrial en cuanto soporte técnico-económico sobre el que van a erigirse las sociedades capitalistas.

2.º El elemento ideológico, que será aportado por las Revoluciones burguesas en los ámbitos del pensamiento económico, político y jurídico, con el fin de legitimar la instauración de dichas sociedades.

3.º El elemento social, refractario al nuevo orden económico y político-jurídico, que encarnará en el movimiento obrero y en sus aspiraciones transformadoras de dicho orden.

4.º El elemento normativo que, de la mano del intervencionismo estatal, primero reprimirá el conflicto laboral para regular después, con distinta intensidad y extensión, el trabajo asalariado en sus distintos planos, individual, colectivo y garantista.

A) Elemento material: la Revolución Industrial

Confinado al mausoleo de la Historia el régimen gremial, el surgimiento de las sociedades capitalistas obedece a un largo proceso de transición desde una fase germinal, iniciada en el siglo XVI (con diferencias según el país que se considere), hasta alcanzar otra fase de máximo auge, situada entre finales del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Esta transformación de la sociedad tradicional en una de carácter industrial lleva aparejada una irreversible y generalizada separación entre el trabajador y los medios de producción —ya iniciada en el régimen gremial—, junto al establecimiento de una relación contractual de trabajo dependiente y por cuenta ajena entre el empresario y el asalariado. El trabajo asalariado, pese a ser el más extendido, convivirá también, desde el inicio de las sociedades industriales, con el trabajo autónomo (servicio doméstico, artesanía, profesiones liberales…).

a) Causas

La etiología de la Revolución Industrial muestra un plural abanico causal en su emergencia y desarrollo. Dejando al margen algunas causas más debatidas (como el espíritu capitalista o el darwinismo social), las principales son de orden demográfico, económico y técnico.

Desde el prisma demográfico, en este período tiene lugar un rápido crecimiento de la población, derivado del incremento de la tasa de natalidad y de un paralelo descenso de la tasa de mortalidad, en especial de la infantil. Descenso motivado a su vez por unos mejores niveles de higiene, salubridad y alimentación. Junto a esta intensa expansión demográfica, se registra una paulatina concentración urbana de la población, merced al debilitamiento de los vínculos de servidumbre en los medios rurales. Se produce así una transferencia de numerosos contingentes de mano de obra a las áreas urbanas, dispuestos a trabajar en las fábricas.

Las causas económicas se centran en torno a la acumulación de capital y a la inversión productiva del mismo. La acumulación de capital, que en Europa comienza a partir del siglo xvi, se basó principalmente en la explotación agraria y en el comercio colonial. La explotación más amplia del campo se sustentó en la expropiación de los pequeños agricultores y la consiguiente reunión de sus parcelas por los terratenientes. Al tiempo, se tecnificó el modo de explotación de los terrenos a fin de incrementar la productividad (nuevos cultivos, sistemas de irrigación, maquinaria para el sembrado…). La inversión productiva será estimulada por el descenso del tipo de interés de los préstamos, así como por la reinversión en la industria de una parte de los beneficios que reportaba la actividad económica industrial.

Por lo que a las causas técnicas se refiere, ha de subrayarse que el formidable desarrollo tecnológico que tiene lugar en el siglo xviii constituye la secuela del afán de descubrimientos científicos que ya se manifiesta a partir del siglo xvi (imprenta, navegación…), como expresión del espíritu renacentista y de su confianza en la razón antes que en la revelación. La simbiosis entre ciencia y tecnología supone que el principal interés de las innovaciones científicas no es abordar problemas filosóficos o especulativos, sino resolver las necesidades técnicas que planteaban los procesos productivos. Junto a esta finalidad, la mayoría de las innovaciones presentan, como denominador común, el tránsito de la herramienta manual del artesano a la herramienta mecánica, es decir, a la máquina (la lanzadera volante de KAY en 1733, que duplica la productividad del tejedor, la hilandera de WYATT en 1735, el trascendental invento de la máquina de vapor de WATT en 1769…).

El maquinismo representa la sustitución de la energía humana por la energía mecánica y supone un nuevo régimen económico y jurídico de producción y trabajo. Se implanta en la industria de modo paulatino, iniciándose en el siglo xvi con la manufactura y coexistiendo con las relaciones gremiales de trabajo. La estructuración de la manufactura presenta ciertos rasgos principales que irán consolidándose y extendiéndose en la trayectoria evolutiva del modo de producción capitalista: concentración de los instrumentos de producción y de los trabajadores en determinadas instalaciones productivas, separación definitiva entre productor y consumidor (la producción no satisface ya directamente las necesidades del consumidor, sino que será el mercado la institución encargada de satisfacerlas) y separación del capital y trabajo, teniendo en cuenta la considerable inversión precisa para poner en marcha una empresa industrial.

b) Efectos sobre el trabajo asalariado

La prestación del trabajo asalariado en la emergencia y desarrollo del modo de producción capitalista va a suponer la explotación metódica de la mayor parte de la población trabajadora, en especial de aquella que contaba con baja calificación. La abundante oferta de mano de obra derivada de la inmigración campesina a los centros urbanos como consecuencia de la supresión de los vínculos de servidumbre, la entusiasta aceptación de la ideología liberal por parte de la burguesía, la inicial ausencia de un movimiento obrero organizado, facilitarán la extensión de condiciones de trabajo infrahumanas, cuyos efectos sobre la población asalariada serán múltiples y extremadamente nocivos para ese sector del trabajo dependiente.

Entre los efectos, intensos y generalizados, de esa explotación, destacan la extrema duración de las jornadas de trabajo (por ejemplo, en 1840 la duración media semanal de la jornada de trabajo era de 83 horas en Alemania y de 78 en Francia); la insuficiencia de los salarios, situados muy por debajo del coste de la vida (por ejemplo, en Barcelona, el salario medio diario por trabajador industrial en 1860 era de 2,05 pesetas en tanto que una familia media precisaba 2,97 pesetas diarias para su subsistencia, incluyendo alimentación, vivienda, vestido y combustible); el sistema de trueque, fórmula de pago del salario mediante vales o pagarés que el empresario extendía y que el trabajador podía canjear por bienes o productos que, bien por su calidad, bien por su precio abusivo, hacía disminuir el valor del salario nominal; la amplia utilización del trabajo de mujeres y niños, derivado, en gran medida, de la insuficiencia de la retribución del hombre trabajador (por ejemplo, en Inglaterra, durante el decenio 1830-1840, el 62 por 100 de los trabajadores de las fábricas de algodón eran mujeres y niños; en Francia una ley de 22 de marzo de 1841 fijará en ocho años la edad mínima de admisión de los niños al trabajo); o, en fin, las deplorables condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, que suponen un alto índice de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo.

B) Elemento ideológico: el liberalismo

Los horizontes de ganancia ilimitada que la Revolución industrial abría para la clase burguesa emergente encontrarán su justificación ideológica en el liberalismo. Sobre la base del iusnaturalismo racionalista e individualista, que recibe su impulso esencial de la Ilustración inglesa del siglo XVII y de la francesa del XVIII, expresándose políticamente en las Revoluciones burguesas (norteamericana, inglesa y francesa), la influencia del pensamiento liberal se diversifica, por lo que aquí interesa, en tres ámbitos: político, económico y jurídico.

En el ámbito político, el liberalismo afirma la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad como derechos inalienables y consustanciales del individuo. Esto supone un decisivo avance al superar la concepción teológica del poder civil, el absolutismo monárquico y los privilegios aristocráticos, reconociéndose derechos civiles y políticos básicos de los ciudadanos como indiscutible logro histórico que llega hasta nuestros días. Este avance está sustentado en un individualismo extremo, claramente hostil a la existencia de entidades intermedias entre el Estado liberal y el ciudadano, y que confía en que las aspiraciones sociales se alcanzan por la suma aritmética de los designios individuales. De ahí que se prohíba el establecimiento de corporaciones de la misma condición social o profesión, como reacción frente al sistema gremial (Ley de 14 de junio de 1791, en Francia). En España un Decreto de las Cortes de Cádiz, de 8 de junio de 1813, declara con carácter general la libertad de industria y profesión (ya establecidas en 1811 y 1790, respectivamente), que, aun sin prohibir de modo formal los gremios, supondrá su progresiva desaparición, puesto que empresarios y trabajadores podrán ejercer libremente la industria y trabajo sin necesidad de estar agremiados. El Estado liberal es así congruente con su individualismo político, renunciando a la intervención normativa en aquellas libertades de industria y trabajo. Con todo, debe subrayarse que la libertad de industria —que hoy denominamos de empresa— solía ejercerse por lo común de forma asociada (sociedades anónimas, consorcios), aportando los socios bien capital, bien habilidades técnicas, bien conocimiento del mercado. Por tanto, la libre asociación para el ejercicio de la actividad económica no sólo no encontró trabas en el pensamiento liberal, sino que fue claramente estimulada como mecanismo idóneo de desarrollo del capitalismo.

De forma paralela a su concepción del papel del Estado en las relaciones laborales, en el plano económico el liberalismo va a consagrar el principio del mercado autorregulador, en torno al cual se establecen los postulados básicos que han de guiar la actividad económica. En primer lugar, la doctrina del orden natural, en cuya virtud las relaciones sociales, y entre ellas la actividad económica, están sujetas al postulado de la armonía social, determinante de una natural coincidencia entre los intereses generales y los intereses particulares, surgiendo aquéllos de la libre interacción de éstos. En segundo término, y de forma derivada,

la existencia de la ley económica de la oferta y la demanda, conforme a la cual el factor trabajo opera como una mercancía que se solicita y ofrece en el mercado laboral a un precio natural tendente a igualarse al precio de mercado, en razón del orden espontáneo que gobierna la actividad económica. En tercer lugar, el abstencionismo normativo de la ley respecto de la actividad económica y de las relaciones de trabajo que en su seno se desenvuelven. Ello es también consecuente con los anteriores postulados, ya que si el mercado de trabajo autorregula de forma armónica los intereses de empresarios y trabajadores, resulta perturbador que la ley rompa ese natural equilibrio. Se traslada por tanto al plano económico el mismo criterio de defensa a ultranza de las libertades individuales que el liberalismo propugna en el ámbito político: la libertad de industria, comercio y trabajo han de gozar del mayor espacio posible de actuación y ser debidamente protegidas de las injerencias de los poderes públicos.

En el terreno jurídico, el liberalismo extraerá las consecuencias que se desprenden lógicamente de su enfoque político y económico respecto de las relaciones de trabajo y que quedan reflejadas en ciertos principios:

1.º *La igualdad formal ante la ley*. Este principio comporta el implícito rechazo de la igualdad sustancial o material y la consiguiente aceptación de que la igualdad formal ante la ley es suficiente para lograr el equilibrio social. No siendo determinante la desigualdad material en las relaciones jurídicas entre particulares, carece de trascendencia la que deriva de la propiedad privada de los medios de producción. Como dijera uno los artífices de la Revolución francesa «Las desigualdades de propiedad y de ingenio son como las de edad, sexo, estatura, etc. No modifican la igualdad de *civismo*… esas ventajas particulares están bajo la protección de la ley» (Sieyès, 1788-1789). La formal igualdad ante la ley se desentiende, por consiguiente, de las condiciones materiales con las que empresario y trabajador se sitúan en la relación individual de trabajo, pues lo que cuenta, a estos efectos, es que la ley protege por igual el derecho de propiedad de ambos, aunque realmente la titularidad de los medios de producción y de los productos que de ellos resultan se atribuya al empresario con exclusión del trabajador. Esta desigual distribución de la propiedad es tutelada con plena igualdad formal por la ley, lo que coloca al trabajador en una posición de profunda desigualdad material, máxime en una fase del inicial liberalismo en la que el poder político, y por tanto jurídico, es, por lo común, reflejo fiel del poder económico.

2.º *La consagración de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales*. El necesario complemento a la igualdad formal ante la ley de los sujetos de la relación contractual individual descansa en la consideración de la voluntad individual como norma suprema creadora de los actos y negocios jurídicos. Principio de autonomía contractual que queda instaurado en el artículo 1.254 CC con la finalidad de superar la versión del principio heteronómico que implantó el régimen gremial.

La facultad reconocida a los sujetos de aquellas relaciones para crear las reglas reguladoras de sus intereses se prolonga, de forma consecuente, en la libertad positiva para fijar el contenido de dichas relaciones dentro del amplio marco que proporciona el derecho común de los contratos (art. 1.255 CC). En su faceta negativa, esa libertad supone la inhibición de la norma estatal, de modo que, en la relación contractual de trabajo asalariado, las condiciones de trabajo quedarán sujetas tan sólo a la ley del contrato. Durante la fase inicial del liberalismo, esta ley contractual se instrumentará mediante el arrendamiento de servicios y, más en concreto, a través de tres de los preceptos destinados al «arrendamiento de criados y trabajadores asalariados» (arts. 1.583 a 1.587), precisamente aquellos que se refieren a estos últimos. Era ésta una regulación de todo punto insuficiente y anacrónica para encarar una prestación de trabajo asalariado de enorme alcance cuantitativo. Junto a ello, tal regulación se revelaba notoriamente injusta, habida cuenta del desigual poder contractual de empresarios y trabajadores, lo que, a partir de una elevada oferta de fuerza de trabajo, explica el infrahumano nivel de las condiciones de trabajo, sometidas a la omnímoda voluntad empresarial.

3.º *La valorización del trabajo manual productivo*. Si las partes de la relación individual de trabajo se conciben formalmente iguales ante la ley, el trabajo manual productivo no debe ser considerado como un factor de desdoro o desprestigio que pueda desvirtuar esa igualdad. Por ello, se procede a normalizar la

estimación positiva de esa clase de trabajo, a fin de procurar que se supere su negativa consideración en las sociedades preindustriales. Este intento de modificar la escala de valores de las sociedades tradicionales en el ámbito laboral se lleva a cabo en España mediante Real Cédula de 18 de marzo de 1783, que deroga determinadas Leyes del Ordenamiento Real (1252-1255) y de la Nueva Recopilación (1567), en las que aquel trabajo viene a encuadrarse dentro de los oficios bajos, viles y mecánicos. Adicionalmente, esta nueva consideración normativa actúa como instrumento legitimador del sistema capitalista, extendiendo así al trabajo asalariado su idea de progreso social, que, en este terreno, mide formalmente por el mismo rasero valorativo el trabajo manual y el intelectual.

C) Elemento social: el movimiento obrero

La simbiosis entre el nuevo modo de producción capitalista y el pensamiento liberal confluirán en la citada explotación sistemática de las clases trabajadoras y en el progresivo enriquecimiento de las clases burguesas. La eclosión del conflicto laboral (la denominada «cuestión social») será una consecuencia inevitable de esta situación. La defensa de los intereses de la clase trabajadora se canalizará a través del movimiento obrero, cuya misma denominación revela la permanente dinámica que caracteriza su estructuración durante la mayor parte del proceso industrializador del siglo XIX.

Cuando ese proceso comienza a intensificarse, sobre todo durante los dos primeros decenios de dicha centuria, la respuesta de ciertos colectivos de trabajadores al progresivo maquinismo que aquel modo de producción implicaba fue dispersa, abrupta y desorganizada, lo que se correspondía con su escaso nivel cultural, con la situación de desempleo derivada de la falta de medios de subsistencia que la introducción de máquinas en la industria suponía, así como con la prohibición del derecho de asociación obrera. La destrucción de maquinaria llevada a cabo en estos momentos se materializó no sin antes haber dirigido frecuentes peticiones a los parlamentos para que éstos prohibieran su uso, al implicar éste la suplantación de la fuerza de trabajo humano y la consiguiente pérdida del empleo. Con posterioridad, gradualmente y a partir de las condiciones materiales de vida y trabajo, los trabajadores fueron adquiriendo una doble conciencia. De un lado, la inicial sobre su propia condición de clase social, esto es, de grupo o estrato con un círculo de intereses propios y contrapuestos a los de la burguesía. De otro, la posterior y complementaria que les hizo percibir la carencia de medios organizativos que permitieran modificar su situación socioeconómica y la consiguiente necesidad de movilizarse y actuar a fin de obtener esos medios.

La adquisición de la conciencia inicial como clase específica se vehicula mediante el pensamiento socialista y anarquista en sus diversas manifestaciones (socialismo utópico, de Estado, marxista, anarquismo colectivista, anarcosindicalismo…). Dos caracteres comunes encierran estas filosofías sociales en cuanto aquí importa. Por una parte, un carácter solidarista, que lleva a rechazar el individualismo capitalista, con su irrestricto afán de ganancia a costa del trabajo asalariado, y a propugnar la intervención de los poderes públicos en la actividad económica empresarial, a fin de proteger y garantizar los intereses colectivos del conjunto de los trabajadores. Por otra parte, un carácter anticapitalista, desde el que se reinvidica un régimen de prestación de trabajo asentado en una democracia social, que, de modo semejante a la democracia política, facilite a los trabajadores la participación en el gobierno de la empresa.

La conciencia complementaria se instrumentará en dos fases. En una primera, el movimiento obrero utilizará una vía subordinada para el logro de sus objetivos, uniendo sus reivindicaciones a los movimientos políticos de signo burgués (cartismo, revoluciones de 1830 y 1848), a fin de conseguir mejoras de su situación mediante derechos de orden político (elección parlamentaria de los no propietarios, sufragio universal, escrutinio secreto…). En una segunda fase, y una vez se constata que el potencial acceso a los derechos políticos no mejora la situación de los trabajadores, al estar los parlamentos mayoritariamente integrados por fuerzas sociales conservadoras, el movimiento obrero utilizará una vía autónoma, tanto en el plano internacional como en el estatal.

En el plano internacional la vía autónoma se inaugura con la creación de la AIT en Londres, en 1864, con participación de organizaciones de trabajadores ingleses y franceses —el derecho de asociación sindical aún estaba prohibido—, así como de exiliados europeos residentes en Londres, entre los que se encontraba Karl Marx. Los estatutos de la AIT recogían con claridad la doble conciencia que un sector del movimiento obrero europeo había alcanzado en esos momentos. Bajo la premisa afirmada en su preámbulo de que «la emancipación de la clase obrera debe ser obra de la misma clase obrera», entre sus objetivos ya figuraban reivindicaciones tales como la creación de cooperativas, la nacionalización de la tierra, las minas, los bancos y los transportes o el establecimiento de la jornada laboral de ocho horas diarias.

Aunque la andadura de la AIT no fue larga —su extinción se produjo en 1876—, esta organización estableció la bases sobre las que se había de edificar en los años siguientes la estrategia del movimiento obrero en Europa. Así, en el plano nacional, distintos Estados europeos tuvieron que tomar posición frente a ese movimiento, dando comienzo a la legislación laboral y, tras fases de prohibición y tolerancia, optando por reconocer el derecho de asociación sindical (Alemania, 1869; Inglaterra, 1871; Francia, 1884…).

D) Elemento normativo: el intervencionismo estatal

La intervención tuitiva del Estado en las relaciones laborales es, en esencia, el resultado de la acción organizada del movimiento obrero, sin perjuicio de que el reformismo burgués se inclinara también por dicha intervención sobre la base de razones tanto humanitarias como de defensa del orden económico y político. En términos generales, el liberalismo, lejos de propiciar esa intervención, la rechazará al considerar que la autonomía individual y el mercado autorregulador bastaban para conseguir el equilibrio y la armonía de intereses en la relación contractual de trabajo. De ahí que, durante un largo período, dicha relación se disciplinara mediante el arrendamiento civil de servicios por estimarse innecesaria la creación del contrato de trabajo como figura negocial específica.

El intervencionismo estatal no siempre tendrá, sin embargo, un cariz protector del trabajador. En sus primeros y largos compases, la solución normativa que el Estado adopta respecto del conflicto laboral desatado por el capitalismo tiene carácter punitivo, de forma que la acción de los trabajadores y de sus organizaciones, fuera o no pacífica, será sistemáticamente objeto de sanción gubernativa y de sanción penal (disolución de reuniones, prohibición de la asociación sindical, de conflictos colectivos de trabajo, secuestro de publicaciones…).

La insuficiencia de esa respuesta represiva se hizo patente ante la paulatina toma de conciencia y consecuente organización del movimiento obrero. Dada la extensión que éste iba adquiriendo, la legislación obrera primero y el Derecho del Trabajo más tarde surgen, a la par, como respuesta defensiva, integradora y parcialmente tuitiva de las clases trabajadoras por parte de la burguesía. Aunque esta respuesta fuera contradictoria con los principios liberales, se trataba de conservar las bases económicas y jurídicas del sistema capitalista y del trabajo asalariado, para ir cediendo gradualmente en aspectos que no hicieran zozobrar aquellas bases. Esta respuesta de la normativa laboral no será, en puridad, consecuencia automática de la Revolución Industrial, sino del modo de producción capitalista que, sobre la base del pensamiento liberal, encauza la industrialización en su principal beneficio, identificando interesadamente la economía de mercado con el sistema capitalista, para, desde este presupuesto, someter el trabajo asalariado al poder contractual del empresario.

Inicialmente, la intervención de la norma estatal no supondrá ninguna modificación básica del planteamiento civilista de la relación de trabajo, ya que esa intervención se limitará a establecer normas administrativas que atenúan la dureza de las condiciones de trabajo (jornada, seguridad e higiene, trabajo de mujeres y niños…). Aunque no existe una pauta temporal común para los distintos países, en general habrán de transcurrir decenios antes de que el Derecho del Trabajo pueda constituirse como un ordenamiento específico y separado del ordenamiento civil, con el carácter dialéctico y doblemente protector del trabajador y empresario que ya se señaló. En este sentido, ha de afirmarse que el Derecho del Trabajo no

aparece en su configuración inicial y posterior desarrollo como un subsistema del Derecho Civil. No sólo porque su naturaleza jurídica es mixta, al incorporar normas tanto de carácter privado como público. Sobre todo en razón de la especificidad de la materia objeto de regulación y de los principios que inspiran su ordenamiento. De este modo, el intervencionismo normativo estatal irá construyendo un Derecho que no es un simple apéndice o prolongación del Derecho civil común —aunque siga guardando plurales vínculos con el mismo—, sino que está constituido por normas distintas, específicas y externas a éste, que permiten una acción legislativa más próxima a las evolutivas necesidades del sistema económico y de las relaciones laborales.

III. BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA

1. Introducción

El surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo en España es una consecuencia del modo de producción capitalista, al igual que sucede en el Derecho comparado. Su singularidad respecto de éste se encuentra en dos factores. De un lado, en el tardío despegue industrial, que no comenzará con cierto fuste hasta 1840, lo que contribuyó a que la legislación laboral española iniciara su andadura con claro retraso en relación con la europea. De otro, en las fluctuaciones del régimen político, que sólo en algunos momentos fugaces de su evolución se hará eco del pensamiento ilustrado y de las fórmulas jurídicas que, aun ubicadas en el sistema capitalista, serán más receptivas a los intereses del trabajo dependiente, lo que determinará que la trayectoria del ordenamiento laboral se vea sometida a un movimiento pendular en el que predominarán las soluciones normativas de corte conservador o fascista.

El movimiento pendular que el ordenamiento laboral español acoge frente a la cuestión social presenta, pues, una secuencia sinuosa. Esta secuencia se proyectará sobre una realidad previa que viene dada por la afirmación de la autonomía individual civil (arrendamiento de servicios) y por la paralela punición de las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, de modo que la primera respuesta de la norma estatal respecto del conflicto industrial es, al tiempo, abstencionista en los planos individual y colectivo de las relaciones laborales, así como represora de las distintas expresiones de la autonomía colectiva.

La insuficiencia de esta primera respuesta, conducirá a una tímida, dispersa y lenta intervención estatal tuitiva del trabajador, que introducirá parcialmente la autonomía individual laboral y fórmulas genéricas y selectivas de autonomía colectiva (legislación obrera). Bajo un signo que pretende corregir con mayor intensidad los efectos del sistema económico capitalista sobre el trabajo dependiente, se regulará con posterioridad de forma específica tanto la autonomía individual como la autonomía colectiva (II República). Esta última será extirpada bruscamente durante un largo período, para dar paso a una versión armónica de los intereses que confluyen en la autonomía individual laboral (dictadura franquista). En la última oscilación registrable con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, se procederá a una limitada restauración del sistema normativo laboral (transición democrática).

2. Construcción del sistema normativo laboral

A) Orígenes: la legislación obrera

En una primera etapa embrionaria, comprensiva del período 1873-1923, las soluciones normativas que el Estado articulará frente a la cuestión social pondrán de relieve su carácter esencialmente defensivo, sin perjuicio de que las mismas tengan asimismo un cierto componente filantrópico y humanitario. La conflictividad social generada a partir de la explotación de la fuerza de trabajo, unida a la inicial represión penal de las organizaciones y actividades desarrolladas por los propios trabajadores, van a dar lugar a la inicial intervención del Estado en las relaciones de trabajo mediante la legislación obrera, precisamente

cuando los postulados del liberalismo político se encuentran en su cenit, lo que revela la necesidad sentida por las clases dominantes de dar una respuesta legislativa en orden a canalizar el conflicto laboral.

No puede por ello atribuirse al azar el hecho de que las primeras normas que integran la legislación obrera intenten paliar los aspectos más patentes y deplorables de aquella explotación, incidiendo en el marco de la relación individual de trabajo, sin abrigar en estos momentos germinales ninguna pretensión de sistematicidad pero dando ya curso a «una legislación limitativa del poder empresarial» (STC 192/2003). En esa línea sobresalen, entre otras normas, la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, que, inaugurando la legislación obrera en España, se dirige a regular el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos; la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños; la Ley de 30 de enero de 1900, sobre accidentes de trabajo; la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, y la Ley de 3 de marzo de 1904, relativa al descanso dominical.

Esta labor legislativa viene precedida por un fenómeno que puede calificarse de singular, teniendo en cuenta el contexto ideológico de la época, cual es el denominado intervencionismo científico. Tal fenómeno se plasma primero en la creación de la Comisión de Reformas Sociales por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883. A éste le seguirá, con clara intención institucionalizadora, el Instituto de Reformas Sociales, creado mediante Real Decreto de 23 de abril de 1903. Este organismo, que tiene su precedente inmediato en un infructuoso Proyecto de Ley de José Canalejas de 11 de abril de 1902, constituye una pieza clave por lo que se refiere al estudio y renovación de las relaciones laborales en España, siendo exponente, al tiempo, de una filosofía reformista que, en el fondo y englobando aspectos morales, educativos y jurídicos, confía más en un intervencionismo social que en el de carácter estrictamente represivo. Las funciones encomendadas a dicho Instituto a fin de «preparar la legislación de Trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras» (art. 1 RD de 23 de abril de 1903), son buena muestra del papel central desempeñado en ese ámbito por el referido organismo. Éste, junto con el Instituto Nacional de Previsión creado en 1908, serán integrados posteriormente en el Ministerio de Trabajo, cuya instauración tiene lugar mediante Real Decreto de 8 de mayo de 1920.

El pausado camino de las reformas en evitación del violento de las revoluciones, como opción de fondo del pensamiento reformista, seguirá su curso mediante una amplia progresión de la legislación obrera durante las primeras décadas de este siglo. Aumento en el que la consolidación organizativa de las organizaciones obreras y sindicales desempeña un relevante papel. La intensificación del intervencionismo legislativo continuará orientándose de modo preferente hacia el ámbito de la relación individual de trabajo y de las relaciones de Seguridad Social. De ello constituyen buen ejemplo las numerosas normas que se dictan para algunas clases de trabajadores (Ley de 27 de febrero de 1912, estableciendo la obligación de tener dispuesto un asiento para las mujeres empleadas; Ley de 13 de julio de 1922, autorizando la ratificación del Proyecto de Convenio de la OIT de 29 de octubre de 1919 sobre empleo de las mujeres antes y después del parto y seguro obligatorio de maternidad; Ley de 17 de julio de 1911 sobre contrato de aprendizaje); en materia de tiempo de trabajo (Ley de 11 de julio de 1912, prohibiendo el trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas; Ley de 4 de julio de 1918 sobre jornada mercantil; Real Decreto de 3 de abril de 1919 sobre jornada máxima legal en todos los trabajos); de salarios (Ley de 12 de julio de 1906 relativa a reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre inembargabilidad del salario; Real Decreto de 18 de julio de 1907, prohibiendo el establecimiento de cantinas que pertenezcan a los patronos o representantes suyos en las fábricas y explotaciones, y disponiendo el pago del salario en moneda de curso legal); de seguridad e higiene en el trabajo (Real Decreto de 15 de julio de 1897 aprobando el Reglamento de policía minera; la Real Orden de 2 de agosto de 1900 sobre catálogo de mecanismos preventivos de los accidentes de trabajo; Real Decreto de 23 de enero de 1916 sobre medidas de previsión de accidentes de trabajo relacionados con la seguridad de los andamios); o de previsión y asistencia sociales (Ley de 12 de agosto de 1904 sobre protección a la infancia; Ley de 21 de diciembre de 1907 de Emigración; Ley de 27 de febrero

de 1908, creando el Instituto Nacional de Previsión; Real Decreto de 11 de marzo de 1919, estableciendo el Régimen de intensificación del Retiro Obrero; Ley de 10 de enero de 1922, sobre accidentes de trabajo).

Pero, además de actuar sobre los anteriores ámbitos materiales, la intervención estatal normativa en la esfera del trabajo asalariado va a experimentar en este momento de auge legislativo una diversificación. De un lado, por vez primera, las relaciones colectivas de trabajo serán objeto de específica regulación en un inicial y tímido intento de reequilibrar la asimétrica relación individual de trabajo. Pretensión abordada mediante la Ley de 27 de abril de 1909 sobre huelgas y coligaciones. De otro, se van establecer, también por vez primera, mecanismos de solución de los conflictos laborales con carácter general y al margen de las experiencias de los Comités paritarios que en este período se ponen en marcha sectorialmente. Tales mecanismos se articularán a través de la Ley de 19 de mayo de 1908 sobre Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial, y de la Ley, de igual fecha, sobre Tribunales Industriales.

Con todo, en la esfera de la autonomía colectiva, tomada esta noción en su sentido amplio de potestad de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos, la línea de incremento normativo que caracteriza, en términos generales, este período de la legislación obrera, debe ser matizada en dos sentidos. En primer lugar, por el distinto trato normativo que durante el mismo se dispensa en dicho ámbito. Así, en tanto las normas que inciden sobre la relación individual son, en términos generales, normas de contenido específicamente laboral, la organización colectiva de los trabajadores carecerá tanto de un concreto derecho de sindicación —habiéndose de acoger a la normativa general contemplada en Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887—, como de un específico derecho de negociación colectiva, puesto que sólo aparecen de forma espisódica escuetas referencias a los acuerdos y pactos colectivos (en este sentido, el art. 4 de la Ley de 3 de marzo de 1904 sobre descanso dominical y la Real Orden de 26 de junio de 1907 sobre reglas aclaratorias acerca de los pactos entre patronos y obreros). En segundo término, por cuanto el reconocimiento formal de los sindicatos al amparo de la Ley de 1887, está acompañado, cuando menos hasta 1908, de la sanción de los medios de autotutela colectiva, básicamente, la huelga y el cierre patronal (Códigos Penales de 1848 y 1870). El crecimiento acumulativo de la acción normativa del Estado no es, por tanto, generalizado en este período de construcción del Derecho del Trabajo, ya que no incluye piezas básicas de la autonomía colectiva (derechos de asociación sindical, de negociación colectiva de carácter laboral y, hasta 1908, de autotutela colectiva).

B) Formación del Derecho del Trabajo en la dictadura de Primo de Rivera

En una segunda etapa, de formación del Derecho del Trabajo, emplazada entre 1923 y 1930, se asiste al tránsito de una legislación social al referido ordenamiento mediante la vertebración de un Derecho obrero. El anterior desarrollo de la legislación obrera, de la doctrina científica y de la estructura orgánica que da soporte a las relaciones laborales y de Seguridad Social, junto con la internacionalización de la legislación sobre el trabajo, son factores que concurren de modo decisivo a propiciar ese tránsito. La mayor parte de las normas de esta etapa gira en torno a las relaciones individuales de trabajo, abordando materias tales como las relaciones especiales de trabajo, condiciones de trabajo, despidos, empleo y formación profesional, trabajo de extranjeros, emigración, accidentes de trabajo y previsión social y Administración social.

Sobre el conjunto diseminado de disposiciones que la dictadura primorriverista promulga con relación al mundo de trabajo, destacan dos. De un lado, el Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926, aprobando el Código de Trabajo. Como se ha señalado con acierto por la doctrina, el valor simbólico de esta norma es superior a su valor institucional. En efecto, aunque se trata de la primera norma de nuestra historia que, con cierta sistematicidad, aborda el contrato de trabajo mediante un tratamiento independiente del arrendamiento de servicios, no lo es menos que su pretendido alcance codificador no pasa de constituir una recopilación incompleta de normas vigentes hasta ese momento. Desde la óptica de su contenido, a salvo de las innovaciones recogidas en el título I del Libro I, esta norma está todavía excesivamente ancla-

da en los principios comunes de las obligaciones y contratos (inexistencia de regulación en materias tales como el tiempo de trabajo y las vicisitudes del contrato, así como las fuentes reguladoras del contenido del contrato).

La segunda norma anteriormente aludida es el Real Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926, por el que regula la Organización Corporativa Nacional. La idea eje de esta norma, dictada bajo la influencia del fascismo laboral italiano, se nuclea en torno a la armonización heterónoma, por parte del Estado, de los contrapuestos intereses de empresarios y trabajadores, en un intento de sustituir esa contraposición por la colaboración entre dichas clases sociales. La concepción armónica de las relaciones entre el capital y el trabajo no es, desde luego, nueva puesto que ya fue manejada por el pensamiento reformista alentador de la primera legislación social. Pero en este momento se da un paso más, desconociendo la estructural confrontación de intereses de aquellos sujetos y asentando, por consiguiente, dicha concepción armónica sobre las ideas de orden, autoridad y jerarquía, en la inteligencia de que la resolución del conflicto laboral no compete por principio a empresarios y trabajadores sino al propio Estado, que asegura de este modo, por otra parte, la subsistencia y fortalecimiento del sistema capitalista. Bajo esta línea de pensamiento social armonicista, el espacio que ocupan las organizaciones sociales en la defensa de los intereses de los trabajadores se ve inmediatamente reducido. Por ello, no ha de extrañar que las organizaciones sindicales se encuentren en esta etapa férreamente controladas o neutralizadas, en cuanto a su constitución y actuación se refiere, mediante el minucioso cumplimiento del Real Decreto-ley de 10 de marzo de 1923, por el que se dan reglas acerca del derecho de asociación regulado con carácter general en la ley de 1887.

C) La consolidación del Derecho del Trabajo en la II República

El paso definitivo a un Derecho del Trabajo entendido como conjunto sistemático de principios y normas referidos a sus distintos centros de imputación normativa, va a tener lugar durante la II República. En este período se constitucionalizan por vez primera en España los principales derechos laborales y de Seguridad Social, configurándose un ambicioso programa sociolaboral republicano (arts. 39 y 46 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931), que incluirá por vez primera en nuestra evolución constitucional el reconocimiento en esa sede del derecho de asociación profesional de los funcionarios públicos (art. 41 del propio texto constitucional), así como, entre otras materias, la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, el salario mínimo, las vacaciones anuales remuneradas, el derecho de libre sindicación y la participación de los trabajadores en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas.

En ese marco constitucional, el balance de la producción normativa ordinaria en materia laboral es netamente positivo en términos históricos, tanto cuantitativa como cualitativamente, máxime teniendo en cuenta el corto período de tiempo de que dispuso el régimen republicano para desarrollar su programa constitucional en esta materia. Todos los núcleos materiales básicos sobre los que discurre hoy en día el Derecho del Trabajo van a ser objeto de regulación por el legislador republicano con resultados técnicamente satisfactorios, en términos generales. En la esfera de la relación individual de trabajo, por encima de normas tan significativas como la Ley de 1 de julio de 1931 sobre jornada máxima legal, la Ley de 27 de noviembre de 1931 de colocación obrera o la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre Jurados Mixtos, sobresale la Ley de 21 de noviembre de 1931 sobre contrato de trabajo. Esta norma presenta una excelente factura técnica y un carácter innovador, al entroncar con los mejores precedentes del intervencionismo científico español y recoger trabajos y proyectos elaborados por el Instituto de Reformas Sociales, separándose, en buena parte de su contenido, de la insuficiente regulación que, a este propósito, contemplaba el Código de Trabajo de 1926.

Consciente el legislador de la época de que la norma laboral es, por antonomasia, una norma limitativa de los poderes del empleador, las soluciones normativas aprestadas por aquél, ahondan, de modo consecuente, en ese criterio ordenador, sin abandonar, no obstante, su carácter integrador del trabajo asalariado en el sistema capitalista. Así y sin perjuicio de afirmar las notas o presupuestos jurídicos de la

relación individual de trabajo, la Ley de 21 de noviembre de 1931 ocupa más de la mitad de sus preceptos en prescripciones limitativas de la libertad contractual del empresario (como son, a modo de ejemplo, la fijación de condiciones mínimas en el contrato, la prohibición de renuncia individual a las mismas, la presunción de laboralidad de las prestaciones de servicios o la sustitución automática de las cláusulas nulas del contrato ante la vulneración de aquellos mínimos), regula de modo muy completo distintos aspectos relativos a la estabilidad en el empleo (tales como la causalidad del despido o las causas de suspensión del contrato) y, en fin, conecta con la autonomía colectiva al admitir diversos procedimientos de negociación colectiva de condiciones de trabajo (bases de trabajo, pactos colectivos y contratos colectivos).

En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, corresponde al legislador republicano el mérito de haber aprobado, de modo pionero, la Ley de 8 de abril de 1932, sobre asociaciones profesionales patronales y obreras, que encara la libre organización de las mismas. Alejado del sentido reduccionista que el término profesional tiene en nuestra vigente legislación sobre libertad sindical, dicha norma muestra su desafección por el ideal armonicista en las relaciones de trabajo al afirmar que la constitución de tales asociaciones se dirige a «la defensa de los intereses de las clases respectivas en determinadas profesiones, industrias o ramos de éstas» (art. 1), quedando reflejada organizativamente esa contraposición al prescribirse que las referidas asociaciones «habrán de estar constituidas, exclusivamente: las primeras, por patronos, y las segundas, por obreros. El ingreso en unas y otras será voluntario» (art. 2). Por consiguiente, se quiere dejar muy claro que la armonía de intereses no es criterio ni constitutivo ni funcional de dichas organizaciones.

Paradójicamente, sin embargo, la mencionada Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre Jurados Mixtos va a contradecir el rechazo al armonicismo y la consiguiente admisión de la dialéctica conflictual que fluye de la Ley de asociaciones. Por el contrario, aquella norma representa una línea de continuidad con el clásico ideal armonicista de nuestra legislación social y, por tanto, de los Comités Paritarios de la etapa precedente. Aun cuando la filosofía política que inspira a la II República está alejada de la que informa la dictadura primorriverista, la continuidad de esos órganos con estructura, funciones y lógica conceptual similares a los Comités Paritarios puede encontrar una explicación plausible en el hecho de la positiva experiencia que en la utilización de estos últimos tuvieron las organizaciones socialistas. Por lo demás, las funciones normativas atribuidas a los Jurados Mixtos ponen de relieve una de las características advertibles en la evolución del ordenamiento laboral español y de su sistema de fuentes en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, cual es la tardía aparición de la negociación colectiva, que, probablemente, se considera superflua ante las soluciones brindadas por los mecanismos paritarios para regular las condiciones de trabajo.

La amplitud del empeño legislativo republicano en materia de Derecho del Trabajo no se detiene aquí. Abarca, asimismo, señaladas normas relativas al fortalecimiento de mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos laborales. Destacan en este ámbito, de un lado, el Decreto de 6 de mayo de 1931 de reorganización del Tribunal Supremo y de creación de una Sala para las cuestiones de Derecho Social, y, de otro, la Ley de 3 de enero de 1935, que regula la composición de los Tribunales Industriales en supuestos especiales.

3. Ruptura del sistema normativo laboral en la dictadura franquista

Aunque la normativa del bienio radical-cedista de la II República, al aplicarse a desmantelar las reformas republicano-socialistas, ya presagia los cambios sustanciales que en materia sociolaboral había de introducir el régimen franquista, será éste quien quiebre bruscamente una parte esencial de las soluciones normativas afanosamente alcanzadas en las fases anteriores. En esta etapa se produce, en efecto, un cambio de rumbo sustancial respecto de la línea de selectivo crecimiento del acervo sociolaboral. Aunque esa línea no fuera siempre continua, el bagaje normativo acumulado en las etapas precedentes va a ser desmantelado en gran parte por la dictadura franquista, quebrándose esa secuencia de progresividad nor-

mativa y configurándose un modelo diverso de relaciones laborales. Por ello, no es posible considerar esta etapa incluida dentro de un período más amplio de evolución del Derecho del Trabajo. Por el contrario, el gradual proceso de institucionalización que experimenta el régimen franquista será compatible con la ruptura involutiva o regresiva que se produce en la construcción histórica del ordenamiento laboral.

El régimen nacional-sindicalista derivado del alzamiento militar de julio de 1936 contra la II República, va a instaurar un modelo de relaciones laborales arbitrario, antidemocrático, de autoritarismo extremo y, con algunas ligeras modulaciones, fundado en la heteronomía exclusiva de la norma estatal. Modelo que reposa, en cuanto idea-eje, sobre una concepción armonizadora de las relaciones entre capital y trabajo junto a un entendimiento negativo del conflicto laboral. Éste es, por tanto, insusceptible de reconocimiento y canalización jurídica en cuanto a sus formas de expresión y medios de solución, considerándose que las vías prohibitiva y punitiva de dicho conflicto constituyen la respuesta normativa adecuada, lo que evidencia, sin duda, la concepción patológica y no fisiológica que se mantiene respecto del mismo.

De la concepción antidemocrática, autoritaria y armonicista sobre las que pivota el modelo de relaciones laborales del franquismo, se derivan las características básicas de ese modelo, sujetas, ciertamente, a un relativo proceso de cambio que, no obstante, deja incólume los presupuestos ideológicos de partida.

La primera de esas características muestra el papel protagónico del Estado en la regulación de las relaciones laborales. Acusada heteronomía que se manifiesta en la exclusiva regulación de las condiciones de trabajo como «función privativa del Estado» (art. 1 de la Ley de 16 de octubre de 1942, por la que se establecen las normas reguladoras de la elaboración de las Reglamentaciones de trabajo), y de la consecuente eliminación del convenio colectivo de las fuentes reguladoras de la relación individual de trabajo (art. 9 de la Ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944).

Esa exclusiva función normadora será compartida desde 1958 con los convenios colectivos sindicales, que una Ley de 24 de abril se encargará de regular. Tal regulación, situada en la fase de agotamiento de la fórmula autárquica, si bien abre la primera fisura en aquel monopolio normativo, responde no obstante al modelo franquista de relaciones laborales, por cuanto la finalidad de dichos instrumentos convencionales se dirige a «fomentar el espíritu de justicia social y el sentido de unidad de producción y comunidad de trabajo» (art. 1 Ley de 24 de abril de 1958). Las numerosas limitaciones establecidas en esta norma van a adulterar la posibilidad de ejercer un poder negocial real y autónomo por las partes legitimadas para ello. La modificación que de dicha norma efectuará la Ley de 19 de diciembre de 1973, no se apartará en esencia del espíritu de la misma (injerencia administrativa en el convenio colectivo, carencia de auténtica legitimidad democrática de las partes negociadoras, acusados límites en el contenido de la negociación...).

La concepción comunitaria de la empresa constituye un segundo rasgo del modelo en examen, que tiene su traducción inmediata en la relación contractual de trabajo. Ciertamente, la LCT-1944 no admite las teorías relacionistas o incorporacionistas de la relación de trabajo, siguiendo, en este sentido, la estela de la LCT-1931, auspiciadora del origen contractual de la relación individual de trabajo. Pero no por ello deja aquella norma de reflejar de forma indirecta la referida concepción y las tesis armonicistas que están en su base, a las que la declaración VIII del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 presta sostén normativo. La terminología utilizada en la LCT-1944, introduciendo los conceptos de participación en la producción, de jefe de empresa o del deber de fidelidad, constituyen prueba inmejorable de que la identidad de intereses y la comunidad de propósitos preestablecida es la línea ideológico-normativa que pretende superponerse, con evidente contradicción, a un régimen del contrato de trabajo conformado en torno a la contraposición jurídica de intereses.

En la supresión de la libertad sindical se encuentra el tercer rasgo que caracteriza el modelo ahora considerado. A la proscripción que de los sindicatos, junto con otras fuerzas políticas y sociales, se establece mediante Decreto de 13 de septiembre de 1936, le sigue la eliminación de todo atisbo de libertad sindical. Para ello se instaura un sistema de sindicación obligatoria articulada a través de sindicatos verticales, integrados en la Organización Sindical Española, organismo de Derecho público inspirado en los principios de unidad, totalidad y jerarquía. La declaración XIII del Fuero del Trabajo y las Leyes de Uni-

dad Sindical de 26 de enero de 1940 y de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940, constituirán las piezas maestras que consumarán institucionalmente el asimétrico tratamiento dispensado durante el franquismo a los legítimos intereses de trabajadores y empresarios. Por lo demás, la progresiva evolución orgánica y funcional de la Organización Sindical Española no va desvirtuar, en lo sustancial, este rasgo característico del modelo, constituyendo la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 una reformulación nominal de principios que la realidad de las relaciones laborales se hallaba lejos de confirmar [Capítulo 15, II, 2, B)].

Consecuente con ese rasgo, los mecanismos de participación en la empresa serán tributarios de la privación de libertad sindical que el citado régimen establece. La configuración de la empresa como una comunidad ajena al antagonismo de clase, conduce derechamente al diseño de unos mecanismos de representación en el seno de aquélla, los enlaces sindicales y los jurados de empresa —con fundamento normativo en la precitada Ley de Bases de la Organización Sindical de 1940 y en el Decreto de 18 de agosto de 1947—, que no están concebidos para ejercer modalidad alguna de control obrero, sino con finalidad meramente colaboradora del buen funcionamiento de la empresa en tanto que unidad productiva.

La cuarta y última característica del modelo en estudio se identifica con la supresión de los mecanismos de autotutela colectiva, en cuanto obligada consecuencia de la concepción armonicista de las relaciones laborales. Esta línea de pensamiento conduce, en efecto, a la consideración delictiva de los «actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella» (declaración XI.2 del Fuero del Trabajo), lo que implica que «las huelgas de los obreros» se tipifiquen en el Código Penal de 1944 como delito de sedición.

No obstante, la admisión legal, aunque desvirtuada, de los convenios colectivos a partir de 1958, implicará una mayor y más extensa presencia fáctica del conflicto laboral como consecuencia de los procesos de negociación. La respuesta normativa a esta situación reflejará la hostilidad y desconfianza ante el conflicto laboral, instrumentándose mediante el Decreto de 20 de septiembre de 1962 sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo. La implícita aceptación de intereses contrapuestos en las relaciones laborales que en esa norma subyace, no impide mantener la concepción armonicista de dichas relaciones y la consideración disfuncional del conflicto de trabajo, tal y como el preámbulo de dicha norma enseña al afirmar que «La anormalidad en las relaciones de trabajo... aun siendo una situación ocasional, excepcional, limitada y transitoria, es, sin embargo, un fenómeno con el que el ordenamiento jurídico tiene que contar y ha de regular». De igual criterio reprobatorio de todo tipo de acción de autotutela colectiva que incida en el normal desenvolvimiento de la prestación de trabajo, participará, asimismo, el Decreto de 22 de mayo de 1970, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo. Será ya en sus postrimerías, cuando el régimen nacionalsindicalista, contestado paulatinamente con mayor intensidad por las, a la sazón, ilegales fuerzas políticas y sindicales, alumbrará el Decreto-ley de 22 de mayo de 1975, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo. Se permitirá así, por vez primera durante el franquismo, un «recurso a la huelga» como forma de presión durante la negociación de un convenio colectivo, bien que sujeto a las materias objeto del mismo y a un tal número de requisitos que el pretendido derecho aparece como una burda imitación del diseño y contenido derecho de huelga en un régimen de libertad sindical (Capítulo 18, II, 2).

En la esfera de la resolución judicial de los conflictos laborales, las normas de este período presentan dos características. De un lado, la afirmación del protagonismo exclusivo del Estado en esta materia frente a los precedentes mecanismos paritarios. De otro, la proyección futura de los órganos y procedimientos instaurados por dichas normas, muchos de los cuales, con las oportunas modificaciones, van a llegar hasta nuestros días. De este modo y siguiendo la previsión contenida en la declaración VII del Fuero del Trabajo, afirmatoria de que «Se creará una nueva Magistratura de Trabajo, con sujeción al principio de que esta función de justicia corresponde al Estado», el Decreto de 13 de mayo de 1938 suprime los Jurados Mixtos y los Tribunales Industriales y crea dichas Magistraturas. Una Ley de 17 de octubre de 1940, Orgánica de las Magistraturas de Trabajo, las configura de modo definitivo y crea el Tribunal Central de Trabajo. En

el ámbito procedimental, la Ley de 24 de abril de 1958, sobre reformas del procedimiento laboral autoriza al Gobierno para promulgar un texto refundido de Procedimiento Laboral, autorización de la que se hará uso mediante decreto de ese mismo año. Sucesivos textos articulados de Procedimiento laboral en 1963, 1966 y 1973, incorporarán determinadas modificaciones, sustancialmente en punto a los procesos de conflictos colectivos de trabajo y de seguridad social.

4. Limitada restauración del sistema normativo laboral en la transición democrática

A) Dualidad y contradicción: acomodación democrática y ajuste económico

La parcial recuperación de la línea de selectiva evolución ascendente que el ordenamiento laboral vio interrumpida con el régimen franquista, comenzará a producirse en las postrimerías del mismo, extendiéndose, con distinta fortuna, a lo largo de la denominada transición política —eufemismo que alude a la recuperación de un régimen democrático—, fase que discurre entre noviembre de 1975 y diciembre de 1978. Este período de la reciente historia de España no es, desde luego, un proceso lineal. Su irregularidad puede apreciarse de modo específico en el ámbito laboral, en el que, junto a incuestionables avances, también pueden registrarse desequilibrios remarcables en algunas de las normas laborales que jalonan dicho período.

La fluctuante recuperación del equilibrio institucional perseguido por el Derecho del Trabajo durante la transición democrática se explica al observar la coincidencia temporal de dos factores que van a activar otros tantos procesos de cambio normativo desde 1976 hasta diciembre de 1978. Tales son, en concreto, la adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho que comienza a diseñarse hacia el final de la transición democrática y que la CE se encargará de consagrar, de un lado, y, de otro, el ajuste de dicho ordenamiento a los requerimientos de las sucesivas crisis económicas que encuentran su precedente cercano en los primeros años de la década de los setenta.

En efecto, a la altura de 1972-1973 la crisis económica se desata a nivel mundial como consecuencia de la ineficacia de las políticas económicas keynesianas (estímulo de la demanda mediante el gasto público) ideadas para suavizar el desequilibrio distributivo generado por el sistema capitalista, de la estructura de oligopolio del mercado con relación a las materias primas agrícolas e industriales, de la saturación de los mercados, de la caída de la rentabilidad empresarial, del recurso al endeudamiento, de la intensificación de la competencia internacional y de la consecuente reducción de costes de producción. El impacto de la crisis y la subsiguiente recensión mundial tendrán una repercusión inmediata en nuestra economía, que va a entrar en un acusado declive en 1975, con el estancamiento del producto interior bruto, la caída de la inversión, el crecimiento de la inflación y la aparición de un elevado déficit exterior, lo que estará acompañado de un proceso de desaparición de empresas, destrucción de empleo y crecimiento rápido del paro. Esta situación económica recesiva, como manifestación específica de las crisis económicas cíclicas del capitalismo, permite explicar la enorme dificultad de acompasar la norma laboral, con su sujeción a la prioridad del beneficio privado empresarial, a la transformación político-jurídica derivada del tránsito de una dictadura a un régimen de democracia liberal.

De modo paralelo, y en el marco de un proceso político erizado de dificultades, la transición democrática encuentra su exponente básico en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma política, norma reguladora de las bases para la transformación pacífica del régimen franquista, que proclama la supremacía de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo y la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona. Al tiempo, aunque en esta disposición no se introduce un sistema democrático-constitucional, sí se posibilita su instauración, para lo que se crean unas Cortes bicamerales, elegidas por sufragio universal, directo y secreto y depositarias del poder legislativo (arts. 1 y 2), se anuncia, en coherencia, la regulación por el Gobierno de las primeras elecciones a Cortes y se establece un procedimiento de reforma

constitucional (art. 3). Consecuente con los mandatos de dicha norma, el Real Decreto 20/1977, de 18 de marzo, regulará el procedimiento para la elección de las Cortes, que se efectuará el 15 de junio de 1977, primeras elecciones libres desde febrero de 1936.

B) Desigual adecuación normativa laboral: manifestaciones principales

La recuperación de las libertades democráticas en este período se pretende alcanzar bajo el modelo de una democracia liberal, cuya caracterización es bien conocida: sociedad neocapitalista fundada en un determinado entendimiento de la libre empresa, en la propiedad privada de la mayor parte de los medios de producción, en un avanzado desarrollo técnico y en un acusado individualismo propio de la ideología liberal. Las normas laborales aprobadas durante el período que se estudia presentan un carácter desigual, ya que responden a dos realidades contrapuestas: la crisis económica y la transición democrática. La atención legislativa a estas realidades contribuye a explicar la contradicción, la intensidad y la provisionalidad de los cambios que caracterizan este período reciente de nuestra historia en materia laboral.

a) La LRL: un limitado intento restaurador

La primera norma laboral de contenido general dictada durante esta etapa, la LRL, pone de relieve la contradicción existente en esta fase entre el doble proceso de adaptación a la democracia y de acomodo a la crisis económica. Contradiciendo su propia denominación, esta norma se centraba básicamente en la regulación de algunos aspectos de la relación individual de trabajo. Tan sólo podía advertirse en la misma una implícita llamada a la revitalización de la negociación colectiva, cuando en su exposición de motivos el legislador afirmaba que dicha norma tenía «el carácter de plataforma mínima sobre la que construir toda la regulación de las relaciones laborales», añadiendo seguidamente que «Las Ordenanzas laborales, los convenios colectivos sindicales y los contratos individuales o de grupo como cauce de la dinámica de las relaciones de trabajo completarán y mejorarán esta normativa básica». La contradicción se comprende si se tiene en cuenta que en el momento en el que se publica la LRL estaban aún en vigor normas del régimen franquista prohibitivas de la libertad sindical, de un auténtico derecho de negociación colectiva laboral y del derecho de huelga, no teniendo a la sazón las organizaciones políticas y sindicales democráticas contrarias a dicho régimen la suficiente consistencia como para condicionar una regulación con rango de ley que contemplara tales derechos.

Dos aspectos merecen ser destacados del contenido escasamente innovador de la LRL. El primero de ellos se refiere al acogimiento de la contratación laboral por tiempo indefinido como regla general y la consiguiente estimación de la excepcionalidad que debía revestir la contratación laboral de duración determinada (arts. 14 y 15), lo que tendía a restituir, por la vía del principio de estabilidad en el empleo, un equilibrio contractual que sólo aparentemente aseguraba el principio de indiferencia respecto de la duración del contrato contemplado por la LCT-1944 (art. 27). El establecimiento legal de la preferencia por el contrato de trabajo indefinido resulta en principio sorprendente en un período de crisis económica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa norma se inserta en una fase de cambio político en la que los factores de este orden desempeñaban también un destacado papel. Ello explica que, ante la carencia en ese momento de derechos colectivos laborales, el legislador prefiriese no abrir un nuevo foco de conflictividad planteando sin embozo la necesidad de la contratación laboral temporal tal como la crisis económica hubiera exigido desde la perspectiva de la recuperación de la tasa de beneficio empresarial.

El segundo de los aspectos llamativos de la LRL aludía a la readmisión obligatoria en el supuesto de despido declarado por el juez como improcedente (art. 35.1), rompiéndose así con la tradicional opción concedida al empresario entre indemnización y readmisión. La introducción de este precepto en la LRL —que fue aprobado en las Cortes por una escasa diferencia de diez votos—, podía ser interpretada como una concesión del régimen político para hacerse perdonar la inexistencia legal de la autonomía colectiva.

Pero, si la concesión realmente existía, fue en verdad efímera, ya que la contestación empresarial a esa medida normativa determinó que el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, dejará en suspenso dicho artículo 35 LRL. Por otra parte, esta última norma será la encargada de introducir el sistema de contratación temporal coyuntural, generalizando la pionera labor realizada a este respecto por algunas OL anteriores, con lo que marcará un importante punto de inflexión en los principios de indefinición y causalidad de la contratación laboral [Capítulo 6, I, 1, A) y C)].

b) La senda flexibilizadora en el DRLT

La segunda norma laboral que, con carácter general, se dicta durante el período considerado es el DLRT, disposición que regula materias laborales tanto de índole individual como colectiva, si bien serán las reglas de orden colectivo incluidas en la misma las que incidirán directamente en la evolución del régimen jurídico de las relaciones laborales hacia pautas democráticas.

Un rasgo que debe destacarse de esta norma, cuya entrada en vigor coincide prácticamente con la LAS, es su permanencia en el ordenamiento más allá del texto constitucional, puesto que la misma sigue siendo todavía aplicable respecto de la huelga y del cierre patronal. En perspectiva histórica resulta sin duda sorprendente la vigencia de dicha norma preconstitucional en materias de esta trascendencia y una vez que la CE entró en vigor, si bien no debe desconocerse que la interpretación adaptativa de la misma al texto constitucional realizada por el TC en su sentencia 11/1981 ha facilitado esa anómala pervivencia (Capítulo 18, III y IV).

Al decir de su exposición de motivos, el propósito esencial que anima al DLRT es el de adecuar las relaciones laborales a la nueva situación política, bajo «el principio de liberalización de las relaciones de trabajo en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa Occidental de nuestro mismo contexto cultural». Esta finalidad de adaptación se mueve a través de la doble línea evolutiva ya señalada.

De un lado, en el plano de las relaciones colectivas de trabajo, donde las reformas alcanzan mayor profundidad. Se reconoce y regula el derecho de huelga y el cierre patronal, bien que el primero aparece configurado como modelo laboral de huelga y no en cuanto modelo estructural al que dará paso posteriormente la CE (Capítulo 18, II, 3). Dando nueva redacción a algunos preceptos de la Ley de 19 de diciembre de 1973, se introducen, asimismo, determinadas modificaciones en materia de negociación colectiva (unidades apropiadas de negociación, concurrencia de convenios colectivos, partes y deliberación del convenio, sustitución de las decisiones arbitrales obligatorias por los laudos de obligado cumplimiento, interpretación con carácter general del convenio atribuida a la autoridad laboral, fijación del período mínimo de vigencia del convenio…). Pero no debe olvidarse que tales modificaciones operan sobre el modelo de negociación colectiva diseñado por el artículo 2 de la Ley de 1973, que sigue en vigor, lo que resulta difícilmente compatible con una «reforma profunda» de las relaciones de trabajo, anunciada en la exposición de motivos de la referida norma, y sin el previo reconocimiento de la libertad sindical. Contradicción normativa que aparece como el tributo derivado de un proceso de cambio sujeto a influencias y tensiones de distinto signo.

De otro lado, la relación individual de trabajo experimenta las modificaciones de corte liberalizador que a la sazón se estiman necesarias para adecuarla a la crisis económica, ampliando las facultades empresariales de gestión de la fuerza de trabajo e introduciendo en este plano algunos cambios derivados del nuevo entorno de libertad sindical. Lo que se traduce, de forma sintética, en la definitiva derogación del citado artículo 35 LRL, en la introducción de la nueva figura del despido objetivo (arts. 39 a 44) y en las modificaciones de cierto alcance (art. 45) que se incorporan en los despidos colectivos regulados en el artículo 18 LRL (preceptividad del informe de la representación de los trabajadores en el seno de la empresa, posibilidad de que los convenios colectivos determinen los criterios generales a seguir en los casos de despido colectivo, cuantía o módulo de las indemnizaciones, plazos de preaviso, fijación de nuevos su-

puestos de prelaciones en el orden de los despidos con respeto a las establecidas por la normativa estatal, admisión de que el despido colectivo pueda tener lugar mediante pacto entre empresario y trabajadores afectados, obligatoriedad de que el FGS no sólo garantice, sino que anticipe a los trabajadores afectados por las reestructuraciones debidas a causas económicas o tecnológicas las indemnizaciones establecidas o pactadas hasta el límite legal máximo, en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra…).

c) La recuperación de la libertad sindical en la LAS

Precedida por el Decreto-Ley 19/1976, de 8 de octubre, primer hito normativo de la reforma sindical y norma de arranque del proceso de adaptación al cambio político que lleva a cabo el ordenamiento laboral, permitiendo a la Organización Sindical Española diluirse en la también transitoria Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, la LAS abrió la vía para que trabajadores y empresarios pudieran constituir, en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, «las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos» (art. 1.1). Cauce sin duda contradictorio con el entorno normativo del nacionalsindicalismo franquista en el que la misma surgía, lo que resultaba evidente en la propia exposición de motivos de dicha norma, al afirmarse que la ordenación contenida en la Ley Sindical de 1971 como desarrollo de la declaración XIII del Fuero del Trabajo de 1938 «no parece la única interpretación válida que permite dicha Ley Fundamental, que posibilita otras más congruentes con las exigencias actuales y la deseable expansión de las asociaciones profesionales de base voluntaria». Y contradictorio también con el hecho de que en la fecha de entrada en vigor de la LAS (2 de abril de 1977), aún fuera exigible la sindicación obligatoria, para cuya supresión formal habrá que aguardar al dictado del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio.

De nuevo, pues, la necesidad de un cambio político y jurídico no siempre aceptado de buen grado por algunas de las fuerzas sociales en presencia, obligaba a anteponer el pragmatismo al rigor de las soluciones jurídicas. Esta primacía de la funcionalidad política determinará que, a partir de la LAS y de la primera norma dictada en su desarrollo, el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la LAS, puedan ser legalizadas las organizaciones sindicales que hasta ese momento se desenvolvían en una situación de ilegalidad tolerada. La misma base de reconstrucción de la libertad sindical ofrecida por la LAS va a permitir también la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, de importantes instrumentos internacionales concernientes a esta materia. Tales serán, en efecto, los Convenios OIT números 87/1948 y 98/1949, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación y sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, respectivamente, así como sendos Pactos Internacionales de Naciones Unidas, de 1966, relativos a los derechos civiles y políticos (PIDCP) y a los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC).

Entre las diversas consecuencias que aquella legalización tuvo, pueden destacarse dos. Una, más inmediata, estriba en desarrollar los efectos que para la acción sindical generaba la LAS. Lo que se plasmó en distintos ámbitos de actuación. En la negociación colectiva, permitió legitimar en las unidades negociadoras a las organizaciones sindicales democráticas. Respecto de la participación en la empresa, el Real Decreto 3.149/1977, de 6 de diciembre, tendrá la doble virtualidad de suprimir determinados órganos del precedente sistema sindical incompatibles con los principios y normas del nuevo edificio normativo, así como de posibilitar que en 1978 pudieran realizarse las primeras elecciones libres a órganos de representación de los trabajadores en la empresa tras el paréntesis del franquismo.

La segunda consecuencia extraíble de la referida legalización, de proyección hacia el futuro, consistió en sentar unas premisas básicas de partida sobre las que poder construir el posterior tratamiento constitucional y legislativo de las relaciones colectivas de trabajo, en un marco jurídico obediente, como se verá, a valores y principios muy diversos de los que sustentaron el modelo franquista de relaciones laborales [Capítulo II, 1, C)].

BIBLIOGRAFÍA

I. Bases conceptuales del derecho del trabajo

Alarcón Caracuel, M. R.: «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», *REDT*, n.º 28/1986.

Albiol Montesinos, I.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *CDT*, n.º 1/1971.

Alonso García, M.: «El concepto de clase social y el derecho del trabajo», *BDS*, n.º 63/1951.

— *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958.

Alonso Olea, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974.

— *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid, 1981, 4.ª ed.

Aristóteles: *Política*, Madrid, 2005.

Bayón Chacón, G: «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», *RDP*, junio 1961.

Cruz Villalón, J. (dir.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Madrid, 1999.

De la Villa Gil, L. E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho Español», *CDT*, n.º 4/1972.

— «En torno al concepto de derecho español del trabajo», *RT*, n.º 41-42/1973.

Galiana Moreno, J. M.: «Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del Trabajo», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

García Becedas, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Madrid, 1993.

Luján Alcaraz, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994.

Martínez Abascal, V. A.: «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública», *RDS*, n.º 7/1999.

Marx, K.: *El capital*, Libro I, tomo II, Madrid, 1976.

— *Trabajo asalariado y capital*, Madrid, 1977.

— *Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid, 1979, 7.ª ed.

Monereo Pérez, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996.

— *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, 1999.

Montalvo Correa, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo. Formación histórica. Ámbito de aplicación. Concepto*, Madrid, 1975.

Montoya Melgar, A.: «El ámbito personal del Derecho del Trabajo», *RPS*, n.º 71/1966.

— *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1972.

— «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», en Cruz Villalón, J. (ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999.

Punk, T.: *Historia social de la Ilustración*, Barcelona, 2001.

Rodríguez-Piñero, M.: «La dependencia y la extensión del Derecho del Trabajo», *RPS*, n.º 71/1966.

Schaff, A.: *La alienación como fenómeno social*, Barcelona, 1979.

II. Bases históricas del derecho del trabajo: evolución general

AAVV: *La sociedad industrial contemporánea*, Madrid, 1978, 11.ª ed.

Anderson, P.: *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, Madrid, 1983, 6.ª ed.
Asthon, T.S.: *La Revolución Industrial*, Madrid, 1979.
Abendroth, W.: *Historia social del movimiento obrero europeo*, Barcelona, 1978, 6.ª ed.
Berg, M.: *La era de las manufacturas, 1700-1820. Una nueva historia de la Revolución industrial británica*, Barcelona, 1987.
Boltanski, L., y Chiapello, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, 2002.
Bradley, K.: *Esclavitud y sociedad en Roma*, Barcelona, 1998.
De Tocqueville, A.: *Democracia y pobreza. (Memorias sobre el pauperismo)*, Madrid, 2003.
Dobb, M.: *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Madrid, 1972, 2.ª ed.
Föhlen, C.: *La revolución industrial*, Barcelona, 1981.
Garrido, F.: *Historia de las clases trabajadoras. III: El proletario*, Bilbao, 1973, 2.ª ed.
González Muñiz, M. Á.: *Historia Social del Trabajo*, Madrid, 1975.
Hepple, B. (comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, 1994.
Hilton, R. (ed.). : *La transición del feudalismo al capitalismo*, Barcelona, 1982, 4.ª ed.
Hobsbawn, E.: *Las revoluciones burguesas*, Madrid, 1971, 2.ª ed.
— *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, Madrid, 1971, 15.ª ed. en español, 4.ª de España.
— *El mundo del trabajo. Estudio histórico sobre la formación y evolución de la clase obrera*, Barcelona, 1987.
Kemp, T.: *La Revolución Industrial en la Europa del siglo xix*, Fontanella, Barcelona, 1979, 3.ª ed.
López Barahona, V., y Nieto Sánchez, J .A. (eds.): *El trabajo en la encrucijada. Artesanos urbanos en la Europa de la Edad Moderna*, Madrid, 1996.
Menger, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, Madrid, 1898.
Mori, G.: *La Revolución industrial*, Barcelona, 1983.
Moulier-Boutang, Y.: *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, Madrid, 2006.
Rudé, G.: *Revuelta popular y conciencia de clase*, Barcelona, 1981.
Salvioli, G.: *El Derecho Civil y el proletariado*. (Estudio preliminar de Bartolomé Clavero), Sevilla, 1979.
Silver, B. J.: *Fuerzas de trabajo. Los movimientos obreros y la globalización desde 1870*, Madrid, 2005.
Wringley, E. A.: *Cambio, continuidad y azar. Carácter de la revolución industrial inglesa*, Barcelona, 1992.

III. BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA

AAVV: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936* (Estudio preliminar de A. Martín Valverde), Madrid, 1987.
Alarcón Caracuel, M. R.: *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, Madrid, 1975.
Bayón Chacón, G:. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, 1955.
Buylla, A.; Posada, A., y Morote, L.: *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España*, MTSS (ed. facsímil), Madrid, 1986.
Casas Baamonde, M. E.: «Reflexiones sobre la reforma sindical», *CDT*, n.º 3/1977.
De la Villa Gil, L. E.: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*, Granada, 2003.
Díaz del Moral, J.: *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, Madrid, 1969, 2.ª ed.
Fontana, J.: *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo xix*, Barcelona, 1973.
González y Calvet, J.: «Crisis, transición y estancamiento. La política económica española, 1973-82», en Etxezarreta, M. (coord.): *La reestructuación del capitalismo en España, 1970-1990*, Barcelona-Madrid, 1991.
Iglesias, M. C., y Elorza, A.: *Burgueses y proletarios. Clase obrera y reforma social en la Restauración (1884-1889)*, Barcelona, 1973.

Jutglar, A.: *Ideología y clases en la España contemporánea. Aproximación a la historia social de las ideas*, tomo I, Madrid, 1972, 3.ª ed.

Malefakis, E.: *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo xx*, Madrid, 2001.

Martín, B.: *Los problemas de la modernización. Movimiento obrero e industrialización en España*, Madrid, 1992.

Marvaud, Á.: *La cuestión social en España*, Madrid, 1975.

Molinero Ruiz, C., y Ysàs Solanes, P.: *Productores disciplinados y minorías subversivas. Clase obrera y conflictividad laboral en la España franquista*, Madrid, 1998.

Montalvo Correa, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo. Formación histórica. Ámbito de aplicación. Concepto*, Madrid, 1975.

Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid, 1992.

Nadal, J.: *El fracaso de la Revolución Industrial en España, 1814-1913*, Barcelona, 1982, 5.ª ed.

Palacio Morena, J. I.: *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, 1988.

Palomeque López, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)*, Madrid, 1995, 5.ª ed.

Sempere Navarro, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo. (La doctrina nacionalsindicalista de la relación de trabajo y sus bases ideológicas)*, Madrid, 1982.

Tuñón de Lara, M.: *El movimiento obrero en la historia de España*, 3 vols., Barcelona, 1977, 2.ª ed.

Vilar, J. B.: *El despegue de la revolución industrial española (1827-1869)*.

CAPÍTULO 2:
FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

I. PODERES NORMATIVOS Y NORMAS LABORALES

Como sucede con los distintos sectores del ordenamiento jurídico, el sistema normativo del Derecho del Trabajo se configura mediante dos componentes necesarios, subjetivo e instrumental. El componente subjetivo se expresa mediante los poderes normativos, identificados con las fuerzas sociales que, en cada momento histórico, tienen reconocida por el ordenamiento la facultad de crear normas jurídico-laborales. El componente instrumental es el resultado de ejercer ese poder normativo, de exteriorizarlo elaborando dichas normas. Estos dos componentes presentan, en este sector del ordenamiento, unas características determinadas.

1. Dualidad básica de fuentes en materia laboral

En el Derecho del Trabajo vigente confluyen *la heteronomía y la autonomía normativas* en cuanto principios reguladores sobre los que se asienta la distribución del poder de normar. Como ya se apuntó [Capítulo 1, I, 1, B)], la existencia de esta dualidad es indispensable para que pueda hablarse de un Derecho del Trabajo en sentido propio. Conforme a la misma, la elaboración de las normas laborales no corresponde ya únicamente al poder estatal y supraestatal (heteronomía normativa). Ese poder se va a compartir, no sólo con colectivos carentes de estructuración institucional (generadores de la norma consuetudinaria), sino que las normas estatal y supraestatal van a reconocer también a ciertos sujetos colectivos (representantes de los trabajadores y empresarios) o con dimensión colectiva (empresario individual), institucionalmente organizados, la capacidad de crear por sí mismos normas laborales (autonomía negocial), facultad que en el ámbito supraestatal comunitario debe ser matizada al no ser directamente vinculantes los acuerdos adoptados por dichos sujetos.

2. Pluralidad de poderes normativos y de normas

El doble principio distributivo del poder creador de normas laborales, se proyecta en una multiplicidad de centros de producción de las mismas. Sobre la dicotomía básica Estado-sociedad, el principio de heteronomía normativa supone una fuente de producción jurídica externa respecto de los representantes de trabajadores y empresarios, fuente que radica en el Estado y en determinadas organizaciones internacionales. Por su parte, el principio de autonomía normativa confiere capacidad para autorregular sus respectivos intereses a ciertos sujetos colectivos que canalizan aquella representación.

La consecuencia necesaria de esa multiplicidad de fuentes de producción normativa es la existencia de un abanico plural de normas reguladoras de las relaciones laborales. Los centros de producción normativa estatal y supraestatal cuentan con normas propias. Del poder normativo estatal derivan la Constitución, las leyes, las disposiciones normativas con fuerza de ley y los reglamentos. El poder normativo supraestatal se bifurca en dos bloques normativos. De un lado, las normas comunitarias, plasmadas en los Reglamentos y en las Directivas. De otro, las normas internacionales extracomunitarias, integradas por los tratados y convenios internacionales.

Por su parte, las normas laborales derivadas de la sociedad muestran la doble forma de exteriorización consecuente con el distinto origen de los poderes normativos de los que proceden. La autonomía normativa de los representantes de los trabajadores y empresarios se expresa a través de los convenios colectivos, si bien la jurisprudencia ordinaria no ha reconocido a todos ellos eficacia normativa, como luego se verá. Mediante otra vía de expresión y con una fuerza de obligar residual en el ámbito del trabajo asalariado, las colectividades laborales inorgánicas dan lugar a las costumbres laborales.

3. Vigencia coyuntural

El carácter reversible propio del Derecho del Trabajo [Capítulo I, 3, C)] determina que la norma laboral presente una vigencia temporal más condicionada por la coyuntura, sometida como pocas a los cambiantes avatares de índole política, social y económica. Desde luego no todas las normas laborales experimentan esa fugacidad, ya que su índice de permanencia o bien es tendencialmente indefinido (por ejemplo, los preceptos laborales de la CE), o bien es moderadamente duradero (por ejemplo, algunas normas comunitarias sobre las relaciones laborales o las normas del proceso laboral). Pero un amplio abanico de normas laborales está atravesado por una marcada temporalidad en su vigencia. Ello es verificable en relación con un buen número de normas legales (por ejemplo, las sucesivas y frecuentes modificaciones del ET y algunas de sus normas de desarrollo, en especial en materia de empleo), y, de forma muy acusada, en lo tocante a los convenios colectivos, cuya vigencia está, por principio, temporalmente predeterminada y sujeta a una duración relativamente corta.

4. Complejidad aplicativa

La pluralidad de normas laborales y la vigencia coyuntural de un elevado número de éstas, comportan su complejidad aplicativa. La pluralidad normativa incrementa objetivamente el riesgo de concurrencia conflictiva de normas. Para prevenirla o solventarla el ordenamiento laboral establece ciertos mecanismos específicos de determinación de la norma aplicable (Capítulo 3, I). Junto a ello, la vigencia transitoria de un cierto número de normas laborales y el frecuente cambio normativo que ello comporta (por ejemplo, en materia de empleo), dificulta su aplicación temporal, generando una indeseable falta de seguridad, especialmente cuando la nueva norma no establece de modo expreso el elenco de disposiciones y/o preceptos anteriores que quedan derogados, siendo necesario en tal caso recurrir a la interpretación para determinar la existencia misma y, en su caso, el alcance de esta tácita derogación.

II. FUENTES ESTATALES

1. Constitución: el sistema constitucional de relaciones laborales

La supremacía normativa y la eficacia vinculante de la CE (art. 9.1 y 3) son rasgos inherentes a la misma sobre los que se erige el sistema constitucional de relaciones laborales. Asentado sobre la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, como valores superiores y comunes del ordenamiento jurídico

(art. 1.1 CE), dicho sistema establece un conjunto de principios y normas que se proyectan sobre el ordenamiento laboral condicionando su configuración y desarrollo.

En la estructura del referido sistema, los principios constitucionales sobre el trabajo actúan como directrices tanto del propio sistema en cuyo marco se insertan determinados derechos y deberes de carácter laboral, como del ordenamiento laboral en su conjunto. Pero dichos principios no deben identificarse con los principios generales del Derecho, ya que operan únicamente en el ámbito de las relaciones de trabajo dependiente, por lo que no desempeñan la función integradora de lagunas que a los primeros asigna el artículo 1.4 CC en ausencia de norma escrita o acostumbrada.

Los principios constitucionales sobre el trabajo no cuentan con reconocimiento expreso en la CE, sino que se infieren sin especial dificultad de la regulación constitucional en materia de derechos y deberes relativos a las relaciones laborales. Valga como ejemplo un principio de raíz constitucional, el de estabilidad en el empleo, que, en la estructura que aquí se adopta, está implícitamente subsumido en el principio constitucional de autonomía individual. A este propósito, la doctrina constitucional sobre el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) ha señalado que, en su aspecto individual, tal derecho se concreta «en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo» (STC 22/1981). Criterio en el que abunda la doctrina judicial al discurrir sobre esa faceta del principio de estabilidad en el empleo [Capítulo 4, 2, C)], afirmando que la contratación laboral temporal aparece como una excepción al principio de contratación indefinida (STSJ Cataluña 6-7-2006).

En consecuencia, el estudio fecundo del mencionado sistema debe abordarse tomando como hilo conductor aquellos principios constitucionales y determinando la adscripción a los mismos de los derechos y deberes que sobre el trabajo contempla el Código Fundamental.

A) Principio pro operario

El centro de gravedad del sistema constitucional del trabajo se encuentra en el *principio pro operario*, que, como principio fundacional en dicha materia del que derivan los restantes sobre la misma, cumple, de forma específica, una función directiva germinal para el proceso de creación de otros principios y normas laborales, condicionado el contenido que los mismos hayan de recibir. Tal condicionamiento se produce, de forma directa o indirecta, tanto para los restantes principios, derechos y deberes del trabajo contemplados en la propia CE, como para los recogidos en la legislación ordinaria de desarrollo del programa normativo constitucional en materia de trabajo.

Al igual que los restantes principios constitucionales sobre el trabajo, no corresponde al que ahora se considera desempeñar función interpretativa alguna, ya que ésta queda reservada, en el terreno de los principios laborales sin expreso reconocimiento normativo, al principio *in dubio pro operario* (Capítulo 3, II, 1).

El *principio pro operario* guarda un estrecho vínculo con la función que la CE reserva al Estado en el sistema constitucional de relaciones laborales. Dicha función adquiere un nuevo relieve en clave sostenedora, promocional y garante de dicho sistema, en virtud de la doble calificación de dicho Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

El componente social del sistema constitucional de relaciones laborales deriva de la cláusula de Estado social (art. 1.1 CE) y del principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Supone que tal sistema ha de orientarse al reconocimiento y garantía de los derechos sociolaborales de los trabajadores y comporta, asimismo, una transformación de la estructura social en sentido igualitario, superador, por tanto, de las diferencias económicas y sociales existentes en la sociedad escindida en clases sociales.

El componente democrático del mencionado sistema constitucional implica que el mismo ha de estar articulado de acuerdo con una concepción pluralista de la realidad social, frente a la visión unitarista propia de los regímenes políticos autoritarios. Esta concepción pluralista tiene su reflejo tanto en las relaciones individuales de trabajo (por ejemplo, reconociendo al trabajador individual derechos fundamenta-

les, tales como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad sindical), como en las relaciones colectivas de trabajo (por ejemplo, reconociendo la libre creación de sindicatos y asociaciones empresariales, estableciendo el mandato de que su estructura organizativa y su funcionamiento deban ser democráticos, o reconociendo formas de autogestión de la empresa por los propios trabajadores).

El TC ha concretado este nuevo papel del Estado en las relaciones laborales reconociendo la función compensadora e igualadora que cumple el Derecho del Trabajo a la luz del Estado social y democrático de Derecho. Este reconocimiento se realiza, conforme a la doctrina constitucional, en dos secuencias.

En primer lugar, el TC verifica que la disparidad normativa del ordenamiento laboral «se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro» (SSTC 3/1983). En segundo lugar, el TC afirma que la postura del legislador ante esa realidad asimétrica no es de neutralidad o indiferencia. Por el contrario, «el legislador, al regular las relaciones de trabajo… constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias» (STC 3/1983). De esa finalidad «deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual…se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales» (STC 3/1983. En igual sentido SSTC 14/1983 y 11/1983).

La función compensadora e igualadora del Derecho del Trabajo en el citado sistema constitucional cristaliza en el *principio pro operario*, que la propia CE acoge. Tal principio actúa en la elaboración de la norma laboral, tanto en el nivel constitucional como en el de la legalidad ordinaria, incorporando en la misma un contenido protector del trabajador [Capítulo 3, II, 1, A)]. Este principio queda identificado en la CE cuando el propio TC vincula estrechamente dicha función y el propio sistema constitucional de relaciones laborales con el principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE) y con la cláusula de Estado social (art. 1.1 CE). A este respecto el alto Tribunal afirma que

> Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la CE cuando impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador (STC 3/1983).

Nótese que la doctrina constitucional se refiere a contrapesos igualitarios que permitan «reducir» la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, corregir las desigualdades fundamentales generadas por la relación individual de trabajo «al menos parcialmente», y garantizar la promoción de una igualdad real mediante «un mínimo» de desigualdad formal en beneficio del trabajador. Lo que significa que el TC está señalando la necesidad de adoptar una plataforma de contrapesos mínimos, pero sin identificar techos máximos. Entre otras razones, porque ésta es una tarea que corresponde al legislador en el marco del pluralismo político y social que la CE consagra sobre la base del principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE) como motor insustituible para garantizar la dignidad de la persona constitucionalmente proclamada y al que acompañan determinaciones de máxima trascendencia en clave socioeconómica por parte de otros preceptos constitucionales (entre otros, los arts. 33, 38, 128 y 129.2 CE). La habilitación al legislador que dicha doctrina y determinaciones constitucionales hacen posible, no sólo alcanzan a corregir las desigualdades sobre la base de mínimos imperativos. Al tiempo, facultan para superar y cancelar, con respeto a las reglas de la democracia y de la propia CE, las desigualdades generadas por el orden económico vigente, dotando de efectividad transformadora al sistema constitucional de relaciones laborales

en la dirección de lograr paulatinamente un sistema socioeconómico sustentado sobre bases de carácter solidario y cooperativo, esto es, que propende a la progresiva igualación de las clases sociales y a la real generalización de unas condiciones dignas de vida y trabajo.

B) Principio de autonomía individual

a) Caracterización

Se sitúa este principio genérico en el ámbito de la relación individual de trabajo y comporta concebir la autonomía individual como instrumento y garantía de la libertad personal (STC 58/1985) y, en definitiva, de la dignidad de la persona del trabajador, cuyo respeto y consideración impregna todos los aspectos de la relación individual de trabajo. En este sentido, la libertad personal del trabajador y la autonomía individual que al servicio de la primera se le reconoce están en la base del sistema constitucional pluralista de relaciones laborales, de forma que la empresa no se considera ya como una estructura unitaria en la que convergen armónicamente los intereses de empresario y trabajador, postergando o desconociendo su dignidad y autonomía. Por el contrario, la dignidad del trabajador, su libertad e igualdad personales, así como su autonomía, desembocan en la aceptación del pluralismo social y del consecuente conflicto laboral estructural y coyuntural que atraviesa aquella relación individual.

La concepción garantista de la autonomía en el marco de la relación individual de trabajo significa construir el entero sistema constitucional de relaciones laborales sobre la plataforma de la dignidad de la persona del trabajador, ya sea activo ya sea inactivo, en cuanto referente esencial de todo el ordenamiento jurídico-laboral y del entramado normativo del mencionado sistema (art. 10.1 CE). Se trata, por tanto, de un valor y de un principio constitucional de carácter nuclear sobre el que se apoyan los derechos y principios constitucionales relativos al trabajo. Este doble carácter de valor y de principio que posee la dignidad de la persona —que alcanza también a la persona del trabajador—, se ha subrayado por el TC al calificarla como un «valor moral y espiritual inherente a la persona» (STC 53/1985) y, al tiempo, como un principio constitucional (entre otras, SSTC 231/1988 y 192/2003).

A este respecto conviene retener que la dignidad de la persona puede entenderse en dos sentidos. De un lado, como forma de comportamiento. Es éste un significado contingente que no siempre puede apreciarse en el ser humano. Una persona se comporta digna o indignamente. Y cabrá apreciar una actitud indigna cuando se desconozcan elementales principios éticos-jurídicos de convivencia (por ejemplo, la solidaridad o la buena fe). De otro, como valor ético-jurídico central que se reconoce a toda persona, al margen de cuál sea su comportamiento (digno o indigno) y, por ello, de sus méritos o capacidades. A este sentido se refiere el TC al calificar la dignidad como un «valor moral y espiritual inherente a la persona» (STC 53/1985), que refleja la igualdad sustancial de todos los seres humanos y que, en consecuencia, no admite transacción. Este fundamento ético-jurídico permite afirmar que el ser humano no es una mercancía a la que se asigna un precio y que de este modo pueda sustituirse por alguna cosa de equivalente valor. De ahí que la OIT establezca en su Constitución de 1919 que el trabajo no es una mercancía (Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944 e incluida como anexo a su Constitución de 1919).

Este núcleo ético-jurídico básico que esa dignidad encarna, no sólo alcanza al diseño de este sistema, sino también, en coherencia, a su momento aplicativo. Así lo ha señalado de forma terminante y genérica la doctrina constitucional al referirse a «los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho…» (STC 192/2003).

El principio genérico de autonomía individual de índole laboral se diversifica posteriormente en el ámbito del Derecho Individual del Trabajo en distintos principios reguladores de este subsistema normativo (Capítulo 4, I, 2).

b) Derechos y situaciones jurídicas del trabajador en la Constitución

El reconocimiento de la referida esfera de autonomía individual del trabajador, cimentada sobre su consustancial dignidad, se manifiesta mediante la titularidad y el ejercicio de determinados derechos constitucionales atribuidos a aquél, así como a través de las situaciones de expectativa de derechos en materia laboral.

Por lo que hace a la titularidad de determinados derechos constitucionales por parte del trabajador, unos son específicos, ya que pertenecen al ámbito laboral, en tanto que otros tienen un carácter genérico al proyectarse sobre distintos ámbitos materiales, entre ellos el laboral.

a') *Los derechos constitucionales laborales del trabajador*, presentan una doble manifestación:

— De un lado, los derechos profesionales (art. 35.1 CE): el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de su titular y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

— De otro, los derechos individuales de naturaleza colectiva, que, sin perjuicio de su carácter individual, están dotados de una dimensión o repercusión colectiva, concurriendo, además, en los mismos la condición de derechos fundamentales. Están reconocidos en los artículos 28.1 CE, que consagra el derecho de libertad sindical individual, y 28.2 CE, que instaura el derecho de huelga mediante su titularidad individual.

b') *Los derechos fundamentales no laborales del trabajador*. Se trata de derechos que la CE reconoce a la persona en cuanto ser humano, pero que pueden ejercerse por los trabajadores en el marco de la relación individual de trabajo, bien que con ciertas limitaciones (STC 88/1985). Tal es el caso, por vía ejemplar, de los derechos contemplados en los artículos 9.2 y 14 (derecho a la igualdad y a la no discriminación), 15 (derecho a la integridad física y moral), 16.1 (derecho a la libertad ideológica, de religión o creencia), 18.1 (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen), 20.1.*a*) (derecho a la libertad de expresión), 20.1.*c*) (derecho a la libertad de cátedra), 20.1.*d*) (derecho a comunicar libremente información veraz), 21 (derechos de reunión y manifestación) y 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva).

c') Al margen de estos grupos de derechos, quedan otras *situaciones de expectativa de derechos laborales* recogidas en la CE (dejando aquí al margen los derechos de protección social), que no configuran, por tanto, derechos subjetivos de los trabajadores en la norma fundamental. Se trata de deberes de los poderes públicos que afectan a la autonomía individual de los trabajadores, si bien el legislador ha regulado en su totalidad como derechos subjetivos las situaciones de expectativa que esos deberes constitucionales generan. Cuestión distinta, que se abordará en su momento, es la relativa al grado de suficiencia de esa regulación a la luz de la estructura del sistema constitucional de relaciones laborales y, en particular, de la norma estatal que lo integra. Estos deberes aparecen en el texto constitucional bien con carácter genérico, bien con carácter específico.

En el primer caso se encuentra el mandato genérico dirigido al legislador a fin de que regule un Estatuto de los Trabajadores (art. 35.2 CE). En el segundo caso se establecen mandatos específicos a los poderes públicos por razón de la materia, configurados como principios rectores de la política social y económica. En este sentido, se encomienda a dichos sujetos la realización de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), el fomento de una política que garantice la formación y readaptación profesionales, la vigilancia de la seguridad e higiene en el trabajo y la garantía del descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados (art. 40.2 CE), así como y en cuanto al ámbito laboral afecta, la realización de una política de rehabilitación e integración de los de los disminuidos [*sic*] físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE).

c) Límites constitucionales de la autonomía individual

La autonomía individual del trabajador y los derechos constitucionales y legales reconocidos para su efectividad se encuentran limitados, de forma específica, por el poder de dirección empresarial, derivado de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, garantizada y protegida (art. 38 CE). Con todo, hay que tener en cuenta dos precisiones, por el momento, sobre este punto. La primera que los derechos constitucionales de los trabajadores representan, a su vez límites para el empresario en el ejercicio de su poder de dirección, debiéndose subrayar que la dignidad es un valor y un principio que se reconoce en la CE a la persona física y no a la jurídica. La segunda, que el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva supone un contrapeso a dicho poder empresarial de indudable relevancia, como después se verá.

En el ámbito de los límites constitucionales al ejercicio de los derechos que la CE reconoce a los trabajadores, es especialmente significativa la temprana y sostenida doctrina del TC estableciendo la proyección *erga omnes* de los derechos y libertades públicas en materia laboral, de modo que la relación contractual de trabajo, en cuyo marco se ejercen esos derechos y libertades, ha de merecer una protección prioritaria por los tribunales, habida cuenta de que la misma rige no únicamente respecto de los poderes públicos, sino también en las relaciones interprivados (STC 11/1981).

Sin perjuicio de reconocer los condicionamientos que el poder de dirección puede ejercer respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, éstos no pueden quedar confinados extramuros de la empresa. En este sentido, la doctrina constitucional ha resaltado la eficacia de tales derechos y libertades en el marco de la relación contractual de trabajo, señalando que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», toda vez que «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)» (STC 88/1985).

C) *Principio de autonomía colectiva*

Desde el ángulo social y constitucional, el reconocimiento y la protección del principio de autonomía colectiva supone un contrapeso indispensable a la frágil posición económica y jurídica del trabajador dependiente en la relación individual de trabajo. Dicho principio constituye una directriz o criterio regulador genérico que permite reconocer a determinados sujetos colectivos o de dimensión colectiva la capacidad de autorregular sus respectivos intereses como garantía de la libertad colectiva de la que disponen.

Sin perjuicio de su estudio más detenido en el lugar correspondiente (Capítulo 15, I, 3), dos caracteres básicos deben destacarse ahora de la autonomía colectiva. En primer lugar, un carácter instrumental respecto de la autonomía individual, ya que el principio de autonomía colectiva cumple una función compensadora o de contrapoder de la subordinada posición que el trabajador ocupa en la relación individual de trabajo. En segundo término, un carácter ordenador de la propia esfera jurídica como garantía de la libertad colectiva. Esta libertad es condición previa de dicha autonomía en cuanto que reconoce un libre ámbito de actuación a determinados sujetos colectivos. Pero la autonomía colectiva va más allá de ese ámbito de libertad, posibilitando que dichos sujetos puedan dotarse por sí mismos, aunque con distinto alcance, de las reglas que han de autorregular sus intereses.

El principio constitucional genérico de autonomía colectiva se funda en el reconocimiento a los mencionados sujetos colectivos o con dimensión colectiva de una serie de derechos y deberes. Este reconocimiento, que también tiene su traducción en el ordenamiento laboral, opera en determinados ámbitos

materiales, en concreto en los relativos a la autonomía organizativa, la autotutela colectiva, la autonomía normativa y la autonomía participativa.

a) Autonomía organizativa

La norma constitucional reconoce y respalda la autonomía organizativa de los sujetos colectivos que vehiculan los intereses de los trabajadores, auspiciando su capacidad autorreguladora para dotarse de una organización y funcionamiento democráticos (por ejemplo, para la constitución de sindicatos). En el marco de esta vertiente de la autonomía colectiva, la CE dispensa un tratamiento jurídicamente privilegiado al sindicato, en cuanto sujeto colectivo arquetípico de la autonomía organizativa, que luego tendrá su reflejo en la legislación ordinaria. Dicho tratamiento cuenta con dos expresiones normativas cualificadas. En primer lugar configurando en el artículo 7 CE los fines y las reglas básicas organizativas de la específica asociación sindical, a cuyo fin:

a') Se reconoce a los sindicatos de trabajadores como instituciones esenciales del sistema constitucional de relaciones laborales, según se desprende del emplazamiento de dicho precepto en el Título Preliminar de la CE y de su función contributiva, junto con las asociaciones empresariales, «a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios».

b') Se reconoce, en coherencia con el pluralismo social en el que la CE se asienta, su libertad de creación y actividad en el marco de la propia CE y de la ley.

c') Se establece el deber de que su funcionamiento y estructura interna sean democráticos, como necesario reflejo en las instituciones sociales de la filiación democrática que se predica del Estado constitucional (art. 1.1 CE).

En segundo término y como lógica consecuencia del principio democrático que debe presidir su creación y actividad, se reconoce a los sindicatos el derecho fundamental a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a filiarse a las mismas (art. 28.1 CE).

El TC ha destacado reiteradamente el carácter vertebral de los sindicatos de trabajadores, así como de las asociaciones empresariales, al señalar que ambas constituyen «organismos básicos del sistema político», «piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de sus respectivos intereses» o, en fin, «formaciones sociales con relevancia constitucional» (SSTC 11/1981, 70/1982 y 18/1984).

De modo diverso, la representación unitaria de los trabajadores en la empresa no se integra en el marco de la libertad sindical reconocida por la CE, pues tales instancias, como sucede, por ejemplo, con el comité de empresa, sólo poseen una indirecta vinculación con el artículo 129.2 CE y, por ello, son órganos de mera configuración legal a tenor de la doctrina constitucional (SSTC 37/1983 y 118/1983), aunque entre ambas formas de representación de los trabajadores existen vinculaciones normativas que modulan su distinto tratamiento constitucional.

b) Autotutela colectiva

Esta faceta de la autonomía colectiva se traduce en la normalización del conflicto laboral, conforme al principio de confrontación democrática y jurídica en las relaciones laborales. El reconocimiento sin ambages del conflicto laboral y la consecuente funcionalidad del mismo en el marco de las relaciones de trabajo, supone insertarlo en el ordinario entramado de dichas relaciones. La CE asume, por tanto, la esterilidad de toda aproximación jurídica a dichas relaciones que no parta del claro reconocimiento y articulación de los respectivos y estructuralmente contrapuestos intereses de los sujetos sociales que canalizan la representación de trabajadores y empresarios en el vigente sistema económico.

La normalización del conflicto laboral se expresa constitucionalmente mediante el reconocimiento de dos vías específicas de autotutela colectiva que ascienden por vez primera a un Código Fundamental en nuestro ordenamiento. En este sentido, el derecho de huelga y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo aparecen recogidos como instrumentos de autotutela colectiva en los artículos 28.2 y

37.2 CE, respectivamente. De su distinto emplazamiento en el texto constitucional deriva una diversa protección conforme al artículo 53.1 y 2 CE, reforzada en el caso del primero, al tratarse de un derecho fundamental (art. 53.1 y 2 CE), y ordinaria en relación al segundo, dada su condición de derecho cívico (art. 53.1 CE).

Conviene advertir que, desde el prisma de la autotutela colectiva que ahora se examina, el derecho de huelga se refiere a derechos y facultades atribuidos a sujetos colectivos (representantes de los trabajadores), dado que nuestro ordenamiento parte de la base de la titularidad individual del derecho de huelga y de un ejercicio, al tiempo, individual y colectivo de las distintas facultades que integran el derecho (Capítulo 18, III, 1).

Los derechos conflictuales reconocidos en los artículos 28.2 y 37.2 CE están especialmente dirigidos a dotar de efectividad, bajo determinados condicionantes, a la finalidad compensadora y promocional del trabajo dependiente acogida por la CE. Extremo éste que el TC puso de relieve en relación con el derecho de huelga al señalar su carácter instrumental en orden al necesario reequilibrio de la posición del trabajador en la relación individual de trabajo, puesto que «El texto del artículo 28 —derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses— pone en muy clara conexión la consagración constitucional y la idea de consecución de igualdad económica social» (STC 11/1981). Concibe pues el TC la huelga como «un contrapeso» que «Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual» (STC 11/1981).

La faceta instrumental no concluye aquí. Se halla asimismo presente en la íntima conexión apreciada por la jurisprudencia constitucional entre libertad sindical y derecho de huelga, al formar parte ésta del contenido esencial de aquélla (STC 37/1983), lo que quedará reflejado por el legislador en el artículo 2.2.*d*) LOLS. La aceptación del conflicto laboral supone, de este modo, disponer, a un tiempo, de estructuras organizativas adecuadas y de medios de autotutela eficaces.

c) Autonomía normativa

Un tercer ámbito integra el principio de autonomía colectiva del sistema en estudio, presentando una fisonomía propia. Se trata de la instauración de la autonomía normativa como una de las piezas básicas del sistema constitucional de relaciones laborales (art. 37.1 CE) en el marco de la autonomía colectiva. El carácter básico de este poder normativo convencional ha tomarse en un doble sentido.

En primer lugar, desde el ángulo de la distribución de las fuentes del Derecho del Trabajo, la instauración de la referida autonomía implica un nuevo diseño de ese sistema, de forma que el Estado no desempeña ya un cometido exclusivo o prioritario en la regulación de las relaciones de trabajo. Por imperativo constitucional, en adelante ha de compartir esa función con los instrumentos derivados del ejercicio del poder regulador de los antagonistas sociales.

En segundo término, desde la óptica del objetivo principal asignado a la autonomía negocial colectiva como fuente constitucional de las relaciones laborales, la primordial tarea encomendada a la misma por la CE consiste en «la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto» (STC 58/1985), lo que incluye, como se verá en su momento, tanto la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones entre los interlocutores sociales, como la vertebración del propio entramado o red de convenios y acuerdos colectivos.

Es esta esencial función ordenadora la que vuelve a situar en un primer plano la finalidad tuitiva y promocional del trabajo dependiente que recorre la CE y el ordenamiento laboral. Porque, en efecto, la significación primaria de dicha autonomía negocial representa —junto a otras manifestaciones de la autonomía colectiva— la ampliación del poder del trabajador individualmente considerado, al que, en sus inicios, el ordenamiento le impide determinar sus propias condiciones de trabajo a pesar del formal reconocimiento de su autonomía individual en la creación y dotación de contenido de su relación laboral. Bajo ese designio igualador, el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los

trabajadores y empresarios asciende por primera vez en la evolución de aquel ordenamiento al rango constitucional. Aún más, consecuente con su capital trascendencia, tal derecho va ser considerado por el TC como inherente a la libertad sindical y, por ello, parte integrante de su contenido esencial (STC 9/1988), configuración aceptada luego por el artículo 2.2.*d*) LOLS.

Por otra parte, aun cuando la negociación colectiva tenga asignado tradicionalmente el objetivo de ordenar las relaciones laborales, no cabe desconocer tampoco su imbricación con el conflicto laboral. A este respecto, conviene tener presente que la negociación colectiva aparece como instrumento prioritario en orden a la solución de los conflictos colectivos de trabajo. El reflejo normativo de esa idea se recoge, de modo general, en el artículo 5.2.*e*) del Convenio de la OIT 154/1981, sobre el fomento de la negociación colectiva. De forma más específica, el TC ha señalado el vínculo existente entre huelga y negociación colectiva al declarar la constitucionalidad del preaviso para esa modalidad de conflicto colectivo, pues «Antes de que la huelga comience, debe darse a la otra parte la oportunidad de atender las demandas de los huelguistas o establecer con ellos una transacción para evitar la huelga» (STC 11/1981).

Por último, ha de tenerse en cuenta que, si bien la autonomía individual ocupa un lugar preeminente en el sistema constitucional de relaciones laborales, no puede ignorarse que el libre juego de aquélla se encuentra limitado por el recto ejercicio de la autonomía negocial colectiva. Porque si bien la autonomía individual no puede ser anulada por la colectiva, tampoco es posible, de acuerdo con la doctrina del TC, rechazar la capacidad de incidencia de los convenios colectivos en la esfera de los derechos e intereses individuales «pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones precisa la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos» (STC 58/1985).

d) Autonomía participativa

En el marco constitucional, el ámbito de la autonomía participativa ofrece dos cauces. De un lado, la participación en la empresa y, de otro, la participación institucional.

a') Por lo que se refiere a la *participación en la empresa*, el artículo 129.2 CE, utilizando un tenor literal ciertamente confuso, establece distintos mecanismos de autonomía participativa en las empresas por parte de los trabajadores o sus representantes. Sin perjuicio de su estudio posterior (Capítulo 16), debe señalarse ahora que, con arreglo a dicho precepto, dicha autonomía puede realizarse mediante dos vías: la participación limitada y la participación plena, cuya diferencia básica estriba en que en tanto la primera encauza formas participativas en que el poder decisorio empresarial se condiciona en distintos grados, en la segunda son los propios trabajadores y sus representantes quienes asumen dicho poder.

Bajo ninguna de dichas vías de participación se garantizan en el artículo 129.2 CE derechos subjetivos en esta materia, de modo que la CE deja en manos del legislador ordinario la determinación del alcance y contenido que hayan de tener las distintas variables que dichas vías ofrecen tanto en el plano de la participación limitada como en el de la participación plena. El mencionado precepto se ciñe al establecimiento de un genérico *principio de participación laboral en la empresa*, al que se acompañan determinados mandatos a los poderes públicos a fin de que lo pongan en práctica.

Como principio genérico y deber normativo contemplado en la CE, el *principio de participación laboral en la empresa* forma parte de la autonomía colectiva en cuanto pilar básico de la estructura del sistema constitucional de relaciones laborales, aunque no cabe desconocer, ciertamente, que su ubicación extrasistemática en el texto constitucional (Título VII), le confiere una eficacia y una garantía menores que las dispensadas a los derechos reconocidos a los trabajadores en el Título I CE. Con todo, considerando el mandato textual que contiene el mencionado principio recogido en el artículo 129.2 CE puede advertirse

una doble dimensión, impeditiva e impositiva, en el mismo, de modo semejante a la que, en este sentido, se deriva de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE para los principios rectores de la política social y económica (Capítulo II, Título I CE), cuya imposibilidad de alegación ante los Tribunales hasta que no reciben su desarrollo legal no obsta para detectar en ellos esa doble faceta.

Con arreglo a la dimensión impeditiva los mandatos del artículo 129.2 CE vetan legislar en sentido contrario a sus propios términos. Por ejemplo, una ley que suprimiera cualquier forma de participación de los trabajadores en la empresa, contraviniendo así lo dispuesto al efecto en el artículo 129.2 CE, recibiría la tacha de inconstitucionalidad. Por su parte, la dimensión impositiva obliga a dictar las disposiciones necesarias para alcanzar los fines señalados en el referido precepto, tarea en la que el legislador cuenta con un amplio margen de actuación, dado que no existe en la CE previsión alguna en cuanto al plazo para desarrollar los mandatos que el referido precepto contiene, ni, por tanto, sobre los efectos jurídicos que podrían anudarse a su falta de desarrollo. Desde este punto de vista, tales consecuencias derivadas de la pasividad legislativa han de moverse en el plano de la participación política, pero no en el terreno jurídico-laboral.

No obstante, cumpliendo con esa dimensión impositiva, el legislador ha desarrollado los mandatos recogidos en el artículo 129.2 articulando, con diversa intensidad, distintas formas de participación limitada y plena en la empresa (Capítulo 16, II, III y V). Para ambas se encomienda a los poderes públicos el deber de promoción eficaz.

Respecto de la participación limitada, encuentra acomodo en el deber normativo de los poderes públicos de establecer «los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción» (art. 129.2 CE). El legislador cumple ese mandato regulando las sociedades laborales, cuya calificación corresponde a la de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada caracterizadas por la pertenencia de la mayoría del capital social a los trabajadores asalariados que prestan sus servicios de forma personal y directa en la misma, mediante relación laboral por tiempo indefinido (art. 1.1 LSL).

Especial relieve alcanza el deber de promoción eficaz de la participación en la empresa con la de carácter pleno a través de la autogestión por el cauce de las sociedades cooperativas, cuyo obligado fomento corresponde a los poderes públicos mediante una legislación adecuada (art. 129.2 CE). Como ya se vio en su momento, la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE) no se identifica de modo necesario con la empresa capitalista, al reconocer el propio texto constitucional otras formas jurídicas de organizar la actividad empresarial, como sucede con las sociedades cooperativas y la autogestión sobre la que éstas se erigen.

b') En el ámbito externo a la empresa, la CE cuenta con dos expresiones de *participación institucional* que involucran los intereses de los trabajadores. Una primera es parcialmente genérica y ordena a la ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos que, en virtud de la función que tengan atribuida, afecten de forma directa a la calidad de vida o al bienestar general (art. 129.1 CE). La segunda expresión alude de modo específico al deber del Gobierno del Estado de elaborar los proyectos de planificación de la actividad económica de acuerdo, entre otros sujetos, con el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y las organizaciones empresariales, debiendo constituirse a tal fin un Consejo con la composición y funciones que debe desarrollar la ley (art. 131.2 CE). A través de ambas vías de participación institucional, se han creado una variedad de organismos públicos en los que intervienen representantes de los trabajadores con diversas funciones, aunque reconducibles a las genéricas de asesoramiento y colaboración (Capítulo 16, I, 2).

D) Principio de regulación pública tuitiva

a) Alcance

La superación de la desigualdad estructural derivada de la asimétrica relación individual de trabajo dependiente a partir de unas bases de indispensable reequilibrio económico y jurídico, encuentra en el texto constitucional dos cauces estrechamente conectados entre sí: el sistema de relaciones laborales y el sistema económico. En cuanto aquí importa, el denominador común de ambos sistemas es su posibilidad de evolución y transformación pacíficas en clave social y democrática, respetándose por tanto las determinaciones de la CE a este respecto.

Por lo que se refiere al sistema constitucional de relaciones de trabajo, la doctrina constitucional ha constatado dicha posibilidad señalando que dicho sistema no se impone por la CE con carácter exclusivo o cerrado, ya que nuestro Código Básico «establece las premisas desde las cuales tanto el legislador como la actuación de las partes sociales permitirán configurar, de manera dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el texto constitucional» (STC 210/1990).

Por su parte, el pluralismo socioeconómico que la CE instaura implica, asimismo, que el sistema de economía de mercado no haya de identificarse necesariamente con el sistema económico capitalista o neocapitalista, puesto que el artículo 38 CE, en coherencia con el pluralismo social y económico, se limita a reconocer la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, garantizando y protegiendo en consecuencia el ejercicio y la defensa de la productividad, pero sin decantarse por un determinado sistema económico. El bien jurídico protegido constitucionalmente con el reconocimiento de la libertad de empresa es la iniciativa económica privada, en cuanto componente básico de la economía de mercado, no, de modo necesario, de la economía capitalista. Por tanto, la libre iniciativa económica privada debe preservarse y ser compatible con la de carácter público y con la intervención pública en la economía. Esta compatibilidad puede alcanzar distintos grados en una economía libre de mercado, gradación que se inserta necesariamente en el mencionado proceso de igualación social que la CE encomienda a los poderes públicos (arts. 1.1 y 9.2).

El desarrollo del mencionado proceso parte del pluralismo socioeconómico existente, pero, en cuanto se trata de un proceso normativo, que, además, ha de ser fiel a los valores y mandatos constitucionales, no se detiene necesariamente en la actual configuración de la libertad de empresa, puesto que la economía de mercado admite distintas formas de propiedad y de gestión empresariales. Esta diversidad empresarial muestra que la finalidad esencial de la CE en este terreno es la salvaguarda de la libre creación de empresas y de la libre actuación en el mercado, con sujeción, a los límites constitucionales y legales (SSTC 225/1993 y 227/1993). Garantizadas las libertades empresariales constitutiva y organizativa, éstas pueden ejercerse dentro de una tipología relativamente diversa y abierta, conforme con el ordenamiento constitucional, pero orientada por aquel mandato constitucional igualador, que habilita, por ejemplo, para extender tanto la propiedad pública de los medios de producción y la prestación de servicios esenciales de la comunidad (salud, educación, protección social, actividad bancaria, transportes, justicia, seguridad pública…), como la propiedad colectiva de las empresas privadas a los propios trabajadores. En este orden de ideas, dicho mandato faculta igualmente al legislador para estimular y favorecer de forma preferente las empresas cuyo objeto social prioritario no sea el ánimo de lucro (sociedades mercantiles), sino la creación de empleo y el interés social (cooperativas de trabajo asociado, cooperativas de iniciativa social, fundaciones…). Forma colectiva de propiedad empresarial y de objeto social del empleo que el Estado social ampara desde su esencial función promotora de un orden socioeconómico que supere la desigualdad estructural derivada de la asimétrica relación individual de trabajo y de la consiguiente distribución de la riqueza, atendiendo de este modo a los prioritarios valores de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la solidaridad constitucionalmente proclamados.

b) Manifestaciones

La función compensadora e igualadora encomendada constitucionalmente a la norma legal respecto de las relaciones de trabajo, encarna en distintas manifestaciones.

1.ª Una primera consiste en extender los mínimos de derecho necesario a los distintos sectores productivos. Varios preceptos constitucionales articulan un verdadero programa legislativo en este sentido que, en sus líneas maestras, ya ha sido desarrollado, al margen ahora del diverso y matizado juicio que merezca el contenido de las concretas normas encargadas de ese desarrollo desde la perspectiva de los principios de igualdad sustancial y de dignidad de la persona. Es el caso, a título ejemplar, de la «remuneración suficiente (art. 35.1 CE) que se entiende cumplida con la fijación de un SMI (art. 27 ET), de «la limitación de la jornada laboral» (art. 40.2 CE), regulada en su duración máxima por el artículo 34.1 ET, o de la fijación de condiciones mínimas de trabajo, que pueden establecerse a través de «un Estatuto de los Trabajadores» (art. 35.2 CE), como efectivamente ha articulado el legislador en el ET.

2.ª Una segunda vía o manifestación de intervención de la norma estatal en las relaciones de trabajo consiste en impulsar regulaciones promocionales de los derechos y libertades de carácter laboral, particularmente de los que conforman la dimensión colectiva de aquellas relaciones. El eje de estas actuaciones normativas gira en torno al valor de la igualdad, de modo señalado en su vertiente de igualdad material o sustancial. Esta mediación de la norma estatal no es sino el necesario reflejo de la adjetivación social que recibe el Estado en el artículo 1.1 CE en conexión con el principio de igualdad sustancial del artículo 9.2 CE, de forma que, en palabras del TC «El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social —reflejado en diversos preceptos de la Constitución— conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos» (STC 18/1984). Esa calificación del actual modelo de Estado enlaza así con el origen histórico del término social, a saber: la quiebra del principio básico del orden liberal, cifrado en la armonía espontánea de la sociedad que la norma estatal impediría con su intervención en las relaciones socioeconómicas, admitiéndose, por el contrario, la necesidad de la actuación normativa del Estado en los ámbitos económico y social.

Esta manifestación promocional pone de relieve, como ya se apuntó, que el sistema económico neocapitalista no es el único que la CE admite. Diversamente, la actuación normativa del Estado social en el plano de las relaciones laborales posibilita no sólo compatibilizar aquel sistema económico con un cierto grado de previsión existencial y de redistribución social en la formulación clásica, sino llevar a cabo su propia transformación dialéctica hacia estadios de superior igualdad, libertad y democracia, cancelando las desigualdades derivadas de una inequitativa distribución de la riqueza, del conocimiento y del trabajo.

Los obstáculos de distinto orden (político, social, económico, cultural…) que se alzan para alcanzar esos superiores estadios, explican que, pese a que el texto constitucional las propicie de forma decidida, este tipo de intervenciones promocionales en el ámbito laboral no abunden en el desarrollo legislativo de la CE. Con todo, se trata de intervenciones de calado, cuya eficacia exige el concurso de distintos factores institucionales y sociales, pero que permiten abrir espacios relevantes para la promoción de las libertades y la igualdad reales y efectivas. Baste citar, a título de ejemplo, la LOLS, en cuanto norma promotora y tutelar de las organizaciones sindicales, o la LOI, cuyo Título IV contempla distintas medidas para impulsar el derecho al trabajo y la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral (programas de mejora del empleo de las mujeres, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral o elaboración y aplicación de planes de igualdad en la negociación colectiva).

3.ª Una tercera vertiente o manifestación de la función legislativa compensadora y transformadora asignada al sistema constitucional de relaciones laborales, viene dada por la regulación de los instrumentos administrativos y procesales de exigencia del ordenamiento laboral. Con relación a los primeros, debe señalarse el indiscutible anclaje constitucional del intervencionismo administrativo, con funciones normativas y ejecutivas en materia laboral y de Seguridad Social (art. 97 CE), cuya organización y actuación ha de ponerse al servicio de los intereses generales, de acuerdo con ciertos principios de actuación constitucionalmente configurados (art. 103.1 CE). Especial relevancia tiene la atribución de la potestad

sancionadora a la Administración pública, tradicional manifestación del intervencionismo administrativo en las relaciones de trabajo bajo la consideración de que interés social imbricado con la prestación del trabajo dependiente exige que los incumplimientos de la legislación laboral sean reprimidos por el Estado. Siguiendo esta tradición, la CE ha consagrado aquella potestad sancionadora, bien que sujetándola a los principios de legalidad y tipicidad y al conjunto de límites que se derivan del artículo 25.1 CE, cuyo principal desarrollo legislativo se ha llevado a cabo por la LISOS.

Respecto de los mecanismos procesales de intervención, el TC ha destacado que el Derecho Procesal del Trabajo no es un Derecho aséptico y separado del Derecho sustantivo del Trabajo, un Derecho que no haya de cumplir papel alguno respecto de la desigualdad socioeconómica en que el contrato de trabajo sitúa al trabajador. Por el contrario, «resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste», de modo que «la indicada desigualdad del trabajador se corrige, por tanto, también mediante normas procesales, cuyo contenido expresa diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material» (STC 3/1983). La parcial corrección de esa desigualdad socioeconómica, se plasma, principalmente, a través de los específicos principios que informan del proceso laboral y de las modalidades procesales reguladas en el ámbito del orden jurisdiccional social mediante la LJS.

2. Ley laboral

A) Funciones y principios

En la articulación que del entero sistema normativo laboral, incluido el primario de orden constitucional, ha de llevar a cabo la ley, ésta tiene encomendada varias funciones, que pueden agruparse en torno a una doble tipología. De un lado, una función general directiva mediante la que se trazan los criterios y contenidos básicos que han de regir en la sucesiva regulación de la materia laboral por otras normas de inferior rango normativo. De otro, y partir de la anterior, unas funciones específicas de carácter ordenador (distribuyendo contenidos y sistematizando instituciones laborales), sostenedor (alimentando figuras e instituciones laborales mediante la renovada plataforma del derecho necesario en sus distintos grados) y promocional (impulsando regulaciones transformadoras de la realidad laboral conforme a los mandatos constitucionales, especialmente los de igualdad y libertad reales y efectivas).

El fundamento de este conjunto de funciones, esto es, la razón jurídica de que la norma legal tenga encomendados esos cometidos, reposa sobre los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley. Son estos principios los que permiten a la norma legal desempeñar las mencionadas funciones.

a) La posición jerárquica de la ley laboral

Desde la perspectiva de la ordenación jerárquica de las normas laborales, es indudable la preeminencia de la ley y las normas equiparadas a su rango en el sistema constitucional de fuentes del Derecho y, también, por tanto, del Derecho del Trabajo en relación con las restantes fuentes reguladoras internas de esta disciplina (reglamentos y convenios colectivos estatutarios y asimilados). Esta superioridad de la ley deriva del principio de jerarquía normativa constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE) —consecuencia, a su vez, del principio democrático de la soberanía popular, «del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE)— y del consiguiente sometimiento de los poderes ejecutivo y judicial a «las leyes» (art. 97 CE) y «al imperio de la ley» (art. 117.1 CE). Sometimiento jerárquico que no rige en el ámbito de los distintos tipos de leyes (Leyes orgánicas, Leyes ordinarias, Reales Decretos-leyes y Reales Decretos legislativos), puesto que todas ellas son expresión, inicial o posterior en el caso de estos dos últimos, de la voluntad popular, sin que su diversidad formal y material afecte a la realidad de su común legitimación en esa voluntad.

En cuanto aquí importa, establecer la preeminencia de la ley en el ordenamiento jurídico tiene tres relevantes consecuencias. En primer lugar, subraya la prioridad de la ley sobre el reglamento, como el precitado artículo 97 CE pone claramente de relieve, lo que reviste una particular significación en el Derecho del Trabajo habida cuenta del papel marginal y secundario que la ley tuvo en la regulación de la materia laboral durante el régimen franquista respecto de la prevalencia reconocida a la norma reglamentaria (Reglamentaciones de Trabajo y OL).

En segundo término, permite advertir que, si bien el derecho de negociación colectiva ha ganado un amplio espacio —que le estaba vedado durante el régimen franquista—, compartiendo ahora con la ley la ordenación de las relaciones laborales, ese poder ordenador autónomo no alcanza, sin embargo, a subvertir el sistema constitucional de fuentes postergando a la norma legal. Ciertamente, la autonomía normativa tiene constitucionalmente señalado un amplio cometido regulador en el mencionado sistema, que supera con creces los estrechos cauces por los que se desenvolvía con anterioridad a la aprobación del texto constitucional, lo que implica un retraimiento en favor de aquélla de ciertos espacios antes ocupados por la ley. Ahora bien, ese retroceso de la ley a fin de preservar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva laboral que la CE reconoce y garantiza (art. 37.1 CE), no sólo no implica abstencionismo del legislador en esta materia, sino que exige el desarrollo de las funciones propias de la ley, a fin de que los convenios colectivos puedan llevar a cabo, a su vez, los cometidos que a este propósito les asigna el Estado social y democrático de Derecho. En definitiva, la ley reduce su espacio regulador en favor de la negociación colectiva, pero no abdica de su clásica función rectora y consecuentes funciones específicas, como ha tenido ocasión de señalar el TC (SSTC 171/1989 y 210/1990), de modo que la actuación del legislador en materia laboral está muy alejada del abstencionismo normativo propiciado por el liberalismo jurídico, al que la CE no presta fundamento.

Por último, la preeminencia de la norma legal suministra habilitación necesaria para ordenar no sólo una concreta figura o institución laborales, sino el conjunto de normas referidas a las relaciones de trabajo, individuales y colectivas, así como a los órganos y procedimientos de garantía del ordenamiento laboral. Esta función ordenadora es desde luego muy necesaria dado el elevado número de leyes que han ido regulando la materia laboral a partir de la vigente CE y la consiguiente dispersión que este modo de legislar ocasiona. Tal función habría de llevarse a cabo mediante un Código de Trabajo, cuya elaboración se encomendaba al Gobierno central en la inicial versión del ET (Disp. Final 3.ª), manteniéndose la encomienda en el vigente texto refundido (Disp. Adic. 8.ª). Lamentablemente, la inexistencia de plazo para elaborar ese texto ha determinado que, hasta el momento, tal Código no haya visto la luz.

A esta censurable pasividad legislativa debe añadirse la inadecuación del mandato para cumplir el objetivo racionalizador propio de un instrumento normativo de esta naturaleza, dado que, pese a su denominación, el ET no contempla en rigor un mandato para la elaboración de un Código, es decir, de un conjunto de leyes ordenado sistemáticamente por materias y, en su caso, grupos normativos, dotado de unidad interna. La prescripción estatutaria se ciñe a una mera recopilación, consistente en la reunión en un solo texto de disposiciones normativas dispersas, conservando los materiales recopilados su propia identidad, ordenándose cronológicamente o por materias e incorporándose sucesiva y periódicamente a ese cuerpo normativo «todas las disposiciones generales laborales». El transcurso del tiempo dificulta sin duda la tarea codificadora, pero la convierte, a su vez, en inexcusable por mor de la coherencia y seguridad jurídicas.

b) La reserva de ley en materia laboral

Junto a la primacía de la ley, que apunta a su rango normativo, existe un segundo principio avalador de las funciones asignadas a la norma legal por la CE, que atañe a su contenido y que, en realidad, deriva del anterior, puesto que la preeminencia jerárquica que se reconoce a la ley exige acotar por vía complementaria un espacio en el que ésta pueda cumplir aquellas funciones sin intromisión de otras normas subordinadas.

Esa inmunidad normativa se consigue mediante el principio de reserva de ley en materia laboral. En el ámbito laboral, dicha reserva muestra un amplio alcance, pues afecta de modo expreso a la regulación del ejercicio de los derechos y libertades constitucionales (art. 53.1 CE), como sucede, por ejemplo, con la regulación de un Estatuto de los Trabajadores (art. 35.2 CE) o del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), y, de modo específico, con rango de ley orgánica, al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE), en cuyo caso se encuentran la libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE) y el derecho de huelga (art. 28.2 CE). De modo implícito, la ley puede abordar cualesquiera materias laborales aunque no se establezca expresamente la encomienda de tal regulación, lo que, en consecuencia, excluye toda posibilidad en nuestro ordenamiento de una reserva reglamentaria en sentido propio, esto es, al margen de los eventuales apoderamientos que la ley pueda realizar a favor del reglamento y de las funciones que éste puede desempeñar en colaboración con la ley. La reserva de ley, ya sea expresa o presunta, no significa, por lo demás, que el convenio colectivo quede al margen de la acción normativa en materia laboral, ya que resulta indiscutible el fundamento constitucional que lo legitima en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y el espacio regulador que, sobre la base de ese fundamento, le corresponde en materia de relaciones laborales, aunque no pueda identificarse de modo expreso en la CE el alcance de la reserva a favor del convenio colectivo.

B) Desarrollo legislativo de la Constitución en materia laboral

El desarrollo del programa legislativo que en materia laboral establece la CE, supone articular un marco normativo en el que la ley cumpla sus funciones sin detrimento del mandato igualador que de dicho programa deriva. Pero esa tarea legislativa se ha encontrado con una doble exigencia, presente ya en la transición democrática, como se expuso en su momento (Capítulo 1, III, 4). Por un lado, adaptar el ordenamiento laboral a los principios y mandatos del sistema constitucional de relaciones laborales y, por otro, sujetar la normativa laboral a los requerimientos de la actividad económica, singularmente en las fases recesivas del ciclo. Esta última exigencia ha lastrado constantemente la virtualidad nutricia y emancipatoria de aquel programa constitucional, de forma que, en su desarrollo legislativo, el fiel de la balanza ha ido decantándose a favor del principio de rendimiento de la fuerza de trabajo, al que se ha subordinado la ciudadanía social del trabajador en cuanto estatus legal y social configurado sobre la titularidad de derechos y facultades laborales de orden constitucional y legal, así como sobre un sólido y estable vínculo de pertenencia a la comunidad en la que se vive y trabaja. Con todo, esta conclusión no puede predicarse con igual firmeza de los dos planos, formal y sustancial, por los que ha discurrido el citado desarrollo legislativo.

a) Plano formal

Desde el punto de visto formal la ley ha culminado casi en su integridad el programa legislativo que la CE traza en materia laboral, ya sea de forma directa ya indirecta. Los principales núcleos de imputación normativa han sido objeto de desarrollo postconstitucional por la norma legislativa, excepción hecha de los conflictos colectivos.

A la relación individual de trabajo ha destinado el ET una buena parte de su contenido (Título I). La relación colectiva de trabajo también ha recibido la atención del legislador mediante dos normas de primer orden. Por un lado, el propio ET se ha ocupado también de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa (Título II), así como de la negociación colectiva y de los convenios colectivos (Título III). Por otro, la LOLS ha sido la norma encargada de regular —con el debido rango de ley orgánica, inaccesible al ET— el derecho complejo de libertad sindical en sus planos individual y colectivo, así como de configurar la específica noción legal de la representatividad sindical. En fin, la decisiva materia relativa a la garantía del ordenamiento laboral tampoco ha quedado al margen del

desarrollo legislativo, tanto por lo que respecta al plano administrativo de la misma (LISOS), como en cuanto atañe al conocimiento judicial de las pretensiones promovidas dentro de la rama social del Derecho, que se atribuye a la especializada jurisdicción del orden social (LJS).

Como acaba de señalarse, el programa que la CE configura en materia laboral o con incidencia en la misma, si bien ha obtenido cumplida respuesta por parte del legislador, no ha colmado completamente las previsiones constitucionales. La carencia es relevante porque afecta a una submateria inescindible del ordenamiento laboral como son los conflictos colectivos. De este modo, ni el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), ni el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo no encuadrables constitucionalmente en ese derecho (art. 37.1 CE) han llegado a plasmarse en las correspondientes normas legales (ley orgánica y ley ordinaria, respectivamente). Es cierto que en esos dos preceptos la CE no impone al legislador la elaboración de las correspondientes normas, puesto que su literalidad se ciñe al uso de formas condicionales («la ley que regule»). Pero no posee un menor grado de certeza constatar la necesidad de que la regulación de los conflictos colectivos de trabajo (incluyendo la huelga) sea objeto de un desarrollo legislativo acomodado a los principios y valores que el sistema constitucional de relaciones laborales reconoce y garantiza. Tal necesidad se acentúa si se tiene en cuenta que dicha submateria conflictual se regula aún mediante una norma preconstitucional, el DRLT, cuyo acomodo a la CE no ha podido ser considerado íntegramente por el TC en su sentencia 11/1981. Primero porque el Tribunal hubo de ceñirse al objeto del recurso planteado contra dicha norma. Y segundo, dado que el cometido jurisdiccional del mismo es incompatible con la suplencia de la función legislativa.

b) Plano sustancial

Muy distinta es la consideración que resulta del referido desarrollo legislativo si el análisis del mismo se sitúa en el plano sustancial o de contenido. En este plano y como reflejo de los principios y valores que encarnan en el sistema constitucional de relaciones laborales, la ley laboral no habría de ser indiferente al mandato constitucional igualatorio, compensatorio y transformador, que tiene encomendado de forma significativa en su contribución al proyecto constitucional que sintetiza el Estado social y democrático de Derecho, tendencialmente superador de la estructura clasista de la sociedad. Pero, como ya se ha dicho, el principio de rendimiento ha obstaculizado aquel mandato, subordinando a la persona del trabajador y los derechos constitucionales que le corresponden su utilidad como factor productivo. Ese desplazamiento ha experimentado una progresión, que tiene su inicio en la crisis económicas de las materias primas y de algunos productos energéticos de los años setenta y que prosigue resueltamente en las sucesivas depresiones que la actividad económica experimenta en las décadas de los ochenta y noventa, acompañadas de una paulatina puesta en cuestión del Estado del bienestar y, con él, de la normativa laboral, cuyo desarrollo y fortalecimiento en clave tuitiva del trabajador se juzga incompatible con una determinada concepción del libre mercado.

La prioridad preservadora de la tasa de beneficio empresarial respecto de las necesidades sociales básicas de la población, entre las que figura la dignidad del trabajador dependiente, ha cristalizado en determinadas líneas de tendencia legislativa que arrojan un saldo negativo cuando se ponderan los avances y las insuficiencias existentes en el desarrollo postconstitucional de las relaciones laborales. Dejando para más adelante el estudio de la incidencia concreta de esas líneas en el vigente ordenamiento laboral, pueden ahora apuntarse las principales en relación con aquel desarrollo:

1.ª Debilitación del principio de estabilidad en el empleo, que ha contado con plurales manifestaciones, cuyo resultado ha sido la eventualización y precarización en las distintas fases de la relación individual de trabajo, afectando así a la contratación (encadenamiento de contratos temporales, quiebra de la causalidad en algunas modalidades contractuales…), a la gestión de la fuerza de trabajo (paulatina desaparición de las categorías profesionales; ampliación del poder empresarial modificatorio de funciones, de lugar y de condiciones de trabajo…) y a la extinción del contrato de trabajo (ampliación de las causas extintivas

en los despidos económicos, flexibilización de los supuestos de concurrencia de dichas causas, reducción indemnizatoria en el despido económico objetivo…).

2.ª Escaso desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de las empresas, respecto del que el ET muestra un claro desinterés, sólo parcialmente paliado por la doctrina constitucional (derecho a la intimidad, derecho a la información, libertad de expresión…).

3.ª Configuración de un sistema dual de representación profesional, que potencia con fundamento constitucional a las organizaciones sindicales y, en especial, a las más y suficientemente representativas respecto de la representación colectiva unitaria (comités de empresa y delegados de personal), pero que limita a esta última en el desempeño de sus funciones. Por un lado, subjetivamente, desconectando a la representación unitaria de su objetiva acción sindical (por ejemplo, negociación colectiva o planteamiento de conflictos colectivos, que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical), pero que sólo parcialmente y a determinados efectos se vincula por la doctrina constitucional con la protección de dicha acción. Por otra parte, materialmente, ya que de las diversas formas de participación no sindical en la empresa que la CE admite en su artículo 129.2, el ET optó por una vía de participación representativa unitaria de menor alcance y condicionamiento del poder empresarial, plasmada en funciones de orden informativo y consultivo.

4.ª Formal potenciación de la negociación colectiva que, en realidad, resulta desvirtuada mediante la reducción o supresión de mínimos legales sobre los que operaba, y paralelo robustecimiento de la autonomía individual en perjuicio del convenio colectivo (LRET).

5.ª Dispositivización de ciertas reglas ordenadoras de la negociación colectiva, entre las que figuran algunas de indudable trascendencia como la posibilidad legal de disponer de los derechos reconocidos en el supuesto de sucesión de convenios, el carácter dispositivo de la regla de la «ultraactividad» del convenio estatutario o el menoscabo de la fuerza vinculante del convenio colectivo mediante la posibilidad de su inaplicación respecto de determinadas materias (LRET, LEMURMET y LEMURMEL).

6.ª La inadecuada distribución de competencias entre el orden social de la jurisdicción y los órdenes civil y contencioso-administrativo, con el indudable menoscabo que ello produce en la coherencia de la respuesta judicial, en la efectiva protección de los derechos del trabajador y en la propia eficiencia del sistema socioeconómico. Disfunciones con las que la LJS, pretende acabar según declara su Exposición de Motivos y concreta, en parte, su articulado, pero que dicha norma no ha conseguido superar, entre las que figuran, por lo que se refiere al ámbito del Derecho del Trabajo y a la exclusión de ciertas materias del conocimiento del orden social, la tutela de los derechos de libertad sindical y huelga de los funcionarios y personal en régimen estatutario y administrativo [art. 3.*c*)], las disposiciones que establezcan las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga [art. 3.*d*)] o los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con los funcionarios y personal en régimen estatutario, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral [art. 3.*e*)].

3. Reglamento laboral

A) Caracterización

Como fuente traslativa de la relación laboral —*rectius* del Derecho del Trabajo—, el artículo 3.1.*a*) ET enumera en primer término «las disposiciones legales y reglamentarias del Estado». De la noción de reglamento, común a todos los sectores del ordenamiento jurídico, puede extraerse una primera y genérica función innovadora de ese ordenamiento. Aplicada esa noción al reglamento laboral, éste aparece como una disposición de carácter general en materia laboral emanada del Gobierno en virtud de su potestad reglamentaria y con rango inferior a la ley, mediante la cual se innova el ordenamiento jurídico.

Como es sabido, el hecho de que el reglamento se dicte por el Gobierno (colegiadamente o por alguno de sus miembros), en virtud de su potestad reglamentaria, es decir, ejerciendo una competencia

propia, diferencia la norma reglamentaria de las leyes materiales. Al igual que éstas, el reglamento innova el ordenamiento jurídico por ser una disposición de carácter general. Pero, a diferencia de las leyes materiales, que se dictan por el ejecutivo por delegación (Decretos Legislativos) o sustitución del poder legislativo (Decretos-Leyes), el reglamento se dicta por el Gobierno en el ejercicio de una competencia legalmente atribuida (arts. 97 CE y 23.1 LGO), si bien la potestad reglamentaria no sólo corresponde al Gobierno, sino a su Presidente, Ministros, Consejo de Ministros y órganos administrativos jerárquicamente subordinados [arts. 2.2.*j*), 4.1.*b*), 5.1.*h*) y 23.3 LGO].

B) Alcance de la función innovadora del reglamento laboral

En su función innovadora, el reglamento laboral no actúa de forma ilimitada, dado que encuentra una frontera infranqueable en el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, la sujeción a este principio presenta modulaciones cuando se consideran las distintas clases de reglamentos que la normativa vigente admite en materia laboral y el consiguiente modo en que estas normas cumplen aquella función.

a) Reglamentos ejecutivos

En materia laboral la potestad reglamentaria se manifiesta de forma arquetípica mediante el reglamento ejecutivo, es decir, aquel que se limita a desarrollar los principios, mandatos y previsiones contenidos en la ley, la cual, de modo explícito o implícito, autoriza o habilita al ejecutivo a estos efectos. Este tipo de reglamento es el previsto en el artículo 3.2 ET.

Se trata, pues, de reglamentos laborales que se limitan a complementar o desarrollar la ley, ya se trate de ley orgánica u ordinaria (SSTC 83/1984 y 42/1987 y SSTS, 3.ª, de 26-10-1987 y 31-1-1990), pero bajo ningún concepto a sustituirla, dado que no existe una reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento, como ya se anotó. Esta tarea de desarrollo encomendada al reglamento ejecutivo, es coherente con el principio de jerarquía normativa. De aquí que el ET no permita al reglamento regular condiciones de trabajo distintas a las leyes a desarrollar (art. 3.2), ya que sólo la propia ley y los convenios colectivos por mandato constitucional están habilitados para llevar a cabo esa diversa regulación. En consecuencia, la innovación que la norma reglamentaria laboral ejecutiva puede introducir en el ordenamiento de este signo no debe entenderse en el sentido de que las reglas que la misma incorpora nazcan sin previo mandato legal y fijación en la ley modificando *ex novo* el ordenamiento laboral, sino como la introducción de reglas que detallan o especifican los contenidos de la ley.

b) Reglamentos autónomos

La doctrina científica iuspublicista considera, en su mayoría, que en la norma constitucional tiene cabida el reglamento autónomo, independiente o *praeter legem*, dictado para regular materias no afectadas por el principio de reserva de ley o no reguladas por la ley, sin que exista apoderamiento expreso de ésta a favor de la norma reglamentaria, ni, por lo tanto, una ley previa que sea objeto de ejecución.

La jurisprudencia admite la constitucionalidad del reglamento autónomo, como derivación de una potestad reglamentaria genérica con anclaje en la CE, artículos 97 y 106, y sometida al bloque de la legalidad (SSTS 24-11-1980, 16-6-1984 y 14-6-1986). Este criterio judicial cuenta con el apoyo inobjetable de la amplia dicción literal con la que se atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria, ejercida «de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 97 CE). Admisión, con todo, que resulta cuestionable desde los principios democráticos que fundan nuestro Estado constitucional, al acentuar hasta el extremo la menor legitimidad democrática propia de la norma reglamentaria, cuya elaboración no sólo se produce en este supuesto sin el debate y la publicidad consustanciales a un régimen parlamentario, sino —y esto es aquí lo más relevante— desprovista de un mandato legal previo que sujete a criterios preestablecidos el alcance de la norma reglamentaria.

Pese a su admisibilidad constitucional, en el ordenamiento laboral vigente no es posible identificar la existencia de reglamentos autónomos. En esencia, por dos razones. En primer lugar, en atención al principio de jerarquía normativa al que está sujeto todo tipo de reglamentos, lo que supone sometimiento a la ley (arts. 97 y 103.1 CE, 23.1 LGO y 6 LOPJ), así como a la jerarquía interna derivada de las diversas modalidades de normas reglamentarias (art. 23.3 LGO). Conforme a la sujeción jerárquica del reglamento a la ley, en el ordenamiento laboral el legislador no ha contemplado la doble posibilidad constitucional de utilizar el reglamento ejecutivo y el autónomo, decantándose decididamente por el primero con implícita exclusión del segundo (art. 3.2, inciso 2.º, ET). Ello obedece a una elemental lógica jurídica, puesto que la cobertura constitucional genérica del reglamento autónomo no implica el deber normativo de dar curso necesariamente a esta modalidad en todos los sectores del ordenamiento. El singular sistema de fuentes del Derecho del Trabajo confirma esta opción, porque el reglamento laboral, aun siendo jerárquicamente superior al convenio colectivo, ha de respetar el espacio constitucionalmente asignado a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), distribución competencial que corre mayor riesgo de ser desconocida si el ET hubiera admitido la posibilidad del reglamento autónomo.

La segunda razón que sustenta la inviabilidad de reglamentos autónomos en el ámbito laboral es de orden conceptual y se refiere a su inadecuada calificación por algún sector de la doctrina iuslaboralista, pues los supuestos que se traen a colación para encuadrarlos en aquella categoría normativa han de calificarse, en realidad, bien como casos atípicos de deslegalización (relaciones laborales de carácter especial), bien como habilitaciones al reglamento con finalidad sustitutoria de la negociación colectiva (reglamentos de necesidad: Disp. Adic. 7.ª ET). En estos casos se está ciertamente ante normas reglamentarias, pero inasumibles en el concepto doctrinalmente admitido del reglamento autónomo.

c) Reglamentos delegados

Los reglamentos delegados se inscriben en la técnica de la delegación legislativa no recepticia. Esta técnica se manifiesta como un mecanismo de colaboración entre la ley y el reglamento ampliatorio del ámbito regulador de este último, que no asume el rango de ley —a diferencia de lo que sucede con la delegación recepticia (decretos legislativos y los decretos-leyes)—, sino que conserva el suyo propio. La delegación legislativa no recepticia se instrumenta mediante dos figuras, la deslegalización y la remisión normativa, de cuya utilización resultan los correspondientes reglamentos delegados.

1.º La deslegalización

En una primera manifestación, el reglamento delegado deriva de la potestad conferida al Gobierno, mediante disposición legal, para regular en lo sucesivo —y no para una sola ocasión como ocurre en el caso de delegación legislativa recepticia— materias que hasta ese momento eran competencia del poder legislativo. Se configura de este modo una deslegalización que, en materia laboral, se plasma en la regulación de las relaciones laborales de carácter especial (art. 2.1 ET), encomendada por la ley al Gobierno en un inicial plazo de dieciocho meses (Disp. Adic. 2.ª ET, versión 1980), posteriormente prorrogado en otros doce (Disp. Adic. 1.ª LMET). Al amparo de esta deslegalización, así como de otras posteriores sobre dicha materia, se han ido dictando los reglamentos delegados reguladores de las relaciones laborales especiales previstas en el referido artículo 2.1 ET.

Esta potestad atribuida al Gobierno ha sido objeto de crítica doctrinal, considerando que tal deslegalización y, con ella los propios reglamentos delegados, no respetan el principio de reserva de ley. La doctrina judicial admite la validez de estos reglamentos con argumentación más próxima a criterios de eficacia organizativa y de oportunidad política que estrictamente técnico-jurídicos: «porque acaso en este sector del ordenamiento, tan complejo y vario y tan difícil de reconducir a unidad de tratamiento por su propia diversidad y dinamismo es donde el Gobierno ha de tener unas mayores posibilidades de ejercicio de la referida potestad reglamentaria» (STS 25-6-1985). Pese a su admisión judicial, la crítica doctrinal está

plenamente justificada dado que, mediante dichas normas, se regulan derechos profesionales de los trabajadores (art. 35.1 CE) para los que la propia CE exige reserva de ley (art. 53.1 CE), cuyo cumplimiento supone que ésta ha de establecer los criterios y determinaciones materiales básicas que cubran la exigencia constitucional de dicha reserva y canalicen así adecuadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que, como es evidente, desplaza este supuesto al terreno de la colaboración entre la ley y el reglamento ejecutivo.

2.º La remisión normativa

La Disposición Adicional 7.ª ET admite expresamente un segundo tipo de delegación legislativa no recepticia a favor del reglamento en materia laboral, al reconocer la posibilidad de que el Gobierno regule las condiciones de trabajo para sectores determinados de la actividad económica. Se han denominado a estas normas reglamentos u ordenanzas laborales de necesidad, porque, si bien no integran estrictamente los supuestos de emergencia que esta calificación evoca, se acercan a ella al activarse como último recurso para suplir la inexistencia de la negociación colectiva.

El legislador postconstitucional muestra una marcada prevención frente a este tipo de reglamentos, debido a la doble razón del desmesurado protagonismo de la potestad reglamentaria en materia laboral durante la dictadura franquista y de la relevancia que, tras la CE, presenta la negociación colectiva. Esta reticencia tiene su reflejo en la sujeción de esta específica potestad a determinados límites de orden subjetivo y objetivo.

En el plano subjetivo se establecen dos límites. Por un lado, la potestad de dictar estas normas reglamentarias sectoriales se atribuye únicamente al Gobierno como órgano colegiado (por tanto, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros), a propuesta del MEYSS. Al tratarse de una atribución que implica la adopción de una norma reglamentaria, esto es, de una disposición de carácter general, en ningún caso dicha atribución puede ser objeto de delegación [art. 13.2.*b*) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC]. Por otro, se deben evacuar consultas previas (todas las que se consideren oportunas) con las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales (sean o no más representativas).

Dos son, asimismo, los límites que se instauran con carácter objetivo. En primer lugar, la mencionada potestad sólo podrá ejercitarse para los «sectores económicos de la producción y demarcaciones territoriales en que no exista convenio colectivo». En consecuencia, el reglamento o ordenanza de necesidad se configura como una norma subsidiaria del convenio colectivo. En segundo término, el acto administrativo de extensión de un convenio colectivo al sector de la producción y demarcación territorial en que no exista regulación convencional, en los términos previstos en el artículo 92.2 ET, «será siempre procedimiento prioritario». De este modo, esta clase de reglamento se configura en suma como norma subsidiaria de segundo grado, pues sólo podrá dictarse en defecto de convenio y de acto de extensión de otro convenio susceptible de ser extendido.

La fijación de estos requisitos y la decidida preferencia que el modelo constitucional de relaciones laborales muestra por la autonomía colectiva como mecanismo autorregulador de condiciones de trabajo, determinan la excepcionalidad de estas normas reglamentarias sectoriales, lo que queda confirmado por la propia realidad, ya que hasta el presente no se ha hecho uso de esta concreta potestad reglamentaria.

Por otra parte, su admisibilidad constitucional deriva precisamente del carácter subsidiario que poseen respecto de la autonomía normativa. Es cierto que, considerada aisladamente, la Disposición Adicional 7.ª ET no cumple con la exigencia propia de la reserva de ley de incorporar los criterios y principios a los que la norma reglamentaria delegada debe ajustarse, ya que «La regulación de las condiciones de trabajo por rama de actividad» que dicha norma debe abordar ha de ser objeto de inicial tratamiento por la ley cuando tales condiciones afecten a derechos profesionales de los trabajadores recogidos en la CE. Esta exigencia es indispensable porque la remisión al reglamento excluye «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la

Constitución en favor del legislador» (STC 83/1984). Ahora bien, al tratarse de normas reglamentarias que vienen a sustituir al inexistente convenio colectivo sectorial, debe tenerse en cuenta que la regulación básica de dichas condiciones de trabajo ya se entiende contenida en el ET y normas complementarias con rango de ley, debiendo someterse los reglamentos de necesidad a dicha regulación.

4. Acción normativa y función ejecutiva de las Comunidades Autónomas en materia laboral

En la esfera laboral, los lindes competenciales de las CCAA están hoy trazados con suficiente claridad por la jurisprudencia constitucional. Conforme al artículo 149.1.7.ª CE, se establece un reparto compartido o vertical de competencias, con arreglo al cual corresponde al Estado la potestad normativa sobre la legislación laboral, que incluye las leyes y los reglamentos de desarrollo o ejecución a fin de mantener la uniformidad en la regulación de la materia, garantizando el principio de igualdad en todo el territorio del Estado. El perímetro material al que se extiende dicha legislación viene identificado por el calificativo laboral, que no alude a cualquier referencia al mundo del trabajo, sino, de forma más restringida, al ámbito acotado por la relación de trabajo, esto es, la que se establece entre los trabajadores asalariados y los empresarios (SSTC 18/1982 y 39/1982), y en la que también se incluyen, por conexión directa, las relaciones colectivas de trabajo y los órganos y procedimientos, administrativos y judiciales, de garantía del ordenamiento laboral.

Conforme con esa demarcación competencial, cuya titularidad queda reservada en exclusiva al Estado respecto de la legislación laboral, a las CCAA les corresponde, constitucional y estatutariamente, la ejecución de dicha legislación laboral, lo que comprende no sólo los actos administrativos singulares, sino también la potestad reglamentaria doméstica u organizatoria de la referida legislación (SSTC 102/1985 y 249/1988), así como las funciones inspectoras y sancionadoras vinculadas con la misma. Dicha ejecución incluye la relativa a la legislación laboral en materia de formación ocupacional de los trabajadores asalariados (SSTC 244/2012 y 88/2014). El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio: arts. 138 y 170) no ha variado este esquema de reparto, como puede apreciarse en la STC de 31/2010 (FJ 106), que viene a reflejar la consolidada doctrina constitucional a este respecto.

Esta distribución general de competencias no clausura, sin embargo, la posibilidad de que las CCAA puedan acceder a la potestad normativa en materia directa o indirectamente laboral.

Desde el prisma del posible incremento autonómico de la potestad normativa autonómica en materias directamente laborales, el artículo 150 CE ofrece, en sus dos primeros apartados, un doble dispositivo, que, en todo caso, únicamente permitiría a las CCAA el ejercicio de una potestad normativa compartida con el Estado en materia laboral. Ello supondría poder llevar a cabo una potestad reglamentaria de desarrollo de la legislación estatal, ampliándose por tanto la potestad reglamentaria organizativa ya reconocida a las CCAA desde el artículo 149.1.7.ª CE, como ya se ha visto. Las técnicas de colaboración normativa entre las autonomías y el Estado que configura el artículo 150 CE impiden, por tanto, alterar radicalmente los términos del reparto ordinario de competencias establecido en materia laboral por el artículo 149.1.7.ª CE, ya que ello significaría la quiebra del principio constitucional de igualdad (arts. 139.1 y 149.1.1.ª CE), garantizado mediante la distribución constitucional de los poderes públicos territoriales y la consiguiente utilización de criterios uniformes en la regulación de la mencionada materia.

El límite insuperable que dicho principio de igualdad supone, puede apreciarse en el doble cauce que brinda el artículo 150 CE al posibilitar el ensanchamiento de la distribución general u ordinaria de competencias, también en materia laboral. En el supuesto de menor intensidad (número 2), la posibilidad de que el Estado transfiera o delegue a las CCAA, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal, se supedita a que tal materia sea susceptible, por su propia naturaleza, de integrar esas formas de cesión, lo que no sucede con la facultad del Estado de dictar normas con rango de

ley en materia laboral, ya que, de admitirse dicha posibilidad, se burlaría el principio de igualdad territorial que el Estado ha de preservar.

El supuesto de mayor intensidad (número 1) permite a las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, atribuir a las CCAA la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Aunque en este caso no se establece de modo expreso el antedicho límite que el número 2 del precepto incorpora, no es dudoso que éste resulta aquí también aplicable, pues conduciría a una conclusión absurda admitir que la materia laboral no es susceptible de transferencia o delegación en cuanto a la facultad de dictar normas con rango de ley —que es, como se ha dicho, un incremento competencial de menor intensidad— y rehusar la aplicación del referido límite cuando se trata de atribuir a las autonomías una facultad de mayor calado como es la de dictar, para sí mismas, normas legislativas.

Por lo que se refiere a la ampliación competencial autonómica de forma oblicua o indirecta, el esquema de distribución ordinario adquiere cierta complejidad desde el momento en que ese reparto convive con el derivado del reconociendo estatutario de competencias exclusivas en materias indirectamente laborales por parte de las CCAA, como son, de modo señalado, las relativas a la potestad de autoorganización de sus instituciones, así como a la planificación de la actividad económica, competencia esta última que debe conjugarse con la atribuida al Estado de forma exclusiva sobre las bases y la coordinación de la planificación general de dicha actividad (art. 149.1.13.ª CE). Esta vía competencial indirecta ha permitido a las autonomías llevar a cabo una regulación de organismos vinculados con la materia laboral, como son los Consejos de Relaciones Laborales u otros con semejante denominación y cometido, así como una política propia en materia de fomento del empleo, que se ha centrado de forma prioritaria en el estímulo de la contratación laboral, vía subvenciones o bonificaciones, y de la calidad del empleo a través del impulso de acciones en materia de formación profesional.

La inevitable conexión existente entre las potestades normativas autonómicas en materias en que constitucional y estatutariamente están reconocidas y la legislación laboral, no puede dar como resultado la incursión en la competencia estatal modificándola o simplemente reproduciéndola, ya se trate del ejercicio de potestades de autogobierno mediante la creación de órganos a los que se atribuyen competencias en materia laboral (STC 35/1982), ya de potestades en materia de promoción y desarrollo económico autonómico con finalidad de favorecer el empleo de determinados colectivos en ese ámbito, estableciendo, a modo de ejemplo, nuevas causas de extinción del contrato de trabajo (STC 360/1993). Admitir otra cosa supondría aceptar una vulneración oblicua del reparto constitucional y estatutario de competencias, con desconocimiento de los principios de colaboración, coordinación y lealtad constitucional que rigen las relaciones institucionales entre las autonomías y el Estado (SSTC 194/2004 y 109/2011).

Cualquiera que sea la vía competencial utilizada en materia laboral, directa o indirecta, debe señalarse que las relaciones entre la norma estatal y las normas reglamentarias autonómicas de carácter organizativo en dicha materia no se rigen por el principio de jerarquía normativa, sino por el de competencia material, que amojona así los linderos dentro de los que cada institución puede llevar a cabo sus potestades normativas y sus funciones ejecutivas.

III. FUENTES SUPRAESTATALES

La construcción de un poder normativo internacional en el terreno de las relaciones laborales ha tenido lugar a lo largo de un proceso más dilatado en el tiempo si se compara con los desarrollos que las normas de esta naturaleza han experimentado en el ámbito estatal. Las dificultades de aunar para este fin la voluntad de los Estados ante los conflictos políticos y bélicos que les enfrentan durante el siglo xix y la primera mitad del siglo xx, sus distintas situaciones sociales y económicas, la diversidad de regulaciones internas que en materia laboral van surgiendo en ese ámbito estatal durante dicho período, así como la

lenta configuración de un contrapoder sindical internacional organizado, son, entre otros de menor fuste, factores decisivos para explicar la más tardía respuesta de la acción normativa internacional en dicha materia.

La convergencia de intereses que ha desembocado en la paulatina creación de normas internacionales de carácter laboral no ha tenido un alcance uniforme. Esta disparidad se ha traducido en la existencia de diversas fuentes de producción normativa internacional con finalidades y funciones también diferenciadas. En consecuencia, la clasificación de estas fuentes supraestatales puede realizarse en torno a dos bloques, atendiendo en primer lugar al grado de especialización de las fuentes materiales o sujetos internacionales que elaboran las normas laborales y, en segundo término, al ámbito de aplicación territorial de dichas normas.

Las fuentes del primer bloque, internacionales especializadas, cuentan con un organismo principal, la OIT, específicamente dedicado a la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores en el ámbito internacional, y cuyas normas y reglas son las que poseen mayor relevancia en ese ámbito. Un segundo bloque está integrado por las fuentes internacionales generalistas, esto es, sujetos internacionales (organizaciones públicas y Estados) cuyos fines presentan un carácter más inespecífico, sobrepasando por tanto el ámbito laboral, aunque, con distinta extensión e intensidad, dediquen algunas de sus normas a regular las relaciones laborales y/o de protección social. Entre estos sujetos destacan organismos internacionales de ámbito regional (UE y COE), de ámbito general (ONU), y de ámbito interestatal (convenios y acuerdos bilaterales y multilaterales que los Estados celebran directamente entre sí, sin la cobertura de ninguna organización internacional no estatal).

1. Fuentes internacionales especializadas: Organización Internacional del Trabajo

A) Caracterización y estructura orgánica y funcional

Aunque con anterioridad existen distintos intentos y propuestas de orden científico y sindical, habrá que aguardar hasta 1919 para que una pluralidad de intereses confluya en la creación de una organización internacional especializada y con poderes normativos en materia laboral (OIT). Los portadores de tales intereses se identifican con los tres sujetos que, mediante representación, constituirán dicha organización con el carácter tripartito que la caracteriza: los Estados, los trabajadores y los empresarios. El interés de los Estados residía en la necesidad de regular los efectos de los movimientos migratorios internacionales, tanto para los emisores como para los receptores. El de los trabajadores partía de unas reivindicaciones comunes de sus organizaciones sindicales a fin de lograr una plataforma normativa básica de garantías de orden moral y material, señaladamente en el empleo y en la protección social, que evitara su sobreexplotación. Las asociaciones empresariales, en fin, precisaban asimismo de una regulación internacional de la fuerza de trabajo con el objetivo de evitar el *dumping social* y su consiguiente incidencia en la competitividad de los mercados exteriores, por lo que auspiciaban una regulación mínima internacional igualatoria de costes económicos y obligaciones empresariales en el ámbito del trabajo asalariado.

La OIT es una organización especializada de la ONU, cuya genérica finalidad descansa en la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores en el ámbito internacional. Fue creada en el seno de la Sociedad de Naciones en la Parte XIII del Tratado de Versalles, celebrado en 1919.

Tres órganos principales sustentan su estructura organizativa. El carácter tripartido de la organización está presente en todos ellos como característica común, aunque es necesario subrayar que la representación gubernamental cuenta con un peso superior al que disponen las representaciones no gubernamentales (empresarios y trabajadores), dado su mayor número de delegados y la incidencia que esto puede tener en las votaciones, como ahora se verá.

— La Conferencia Internacional del Trabajo actúa a modo de parlamento internacional adoptando las correspondientes normas de la OIT. Asimismo, aprueba el presupuesto de la organización, establece sus líneas de actuación y efectúa el control del Consejo de Administración y del Director de la organización. Cada Estado miembro tiene una representación de cuatro delegados con voz y voto de forma individual: dos en representación del gobierno, uno en representación de los empresarios y otro en representación de los trabajadores. La designación de los delegados compete a cada Estado, que, en el caso de los delegados no gubernamentales, se ha de realizar de acuerdo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Cada delegado puede estar asistido por dos Consejeros Técnicos, que actúan con voz pero sin voto, salvo delegación expresa autorizada. Excepto en algunos casos en que se exige un quórum superior, los acuerdos de la Conferencia se adoptan por mayoría simple de los delegados presentes, lo que puede favorecer la posición de los delegados gubernamentales de distintos Estados miembros cuando éstos concierten entre sí el sentido de su voto.

— El Consejo de Administración desempeña funciones de gestión preparatoria de los asuntos que ha de tratar la Conferencia, de gestión económica y ejecución de las decisiones de la Conferencia, así como de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Gobiernos. Se compone de 56 representantes, de los cuales 28 corresponden a los Gobiernos, 14 a los empresarios y 14 a los trabajadores. Su mandato tiene una duración de tres años. El Consejo se estructura en torno al Pleno y a las Comisiones que éste designe con igual composición tripartita. Una de éstas es el Comité de Libertad Sindical, cuyas decisiones y principios, adoptados en virtud del examen de las quejas que se le formulan, conforman un cuerpo de doctrina con relevante incidencia en los ordenamientos estatales y en la práctica de las relaciones colectivas de trabajo.

— La Oficina Internacional del Trabajo, integrada por un Director General nombrado por el Consejo de Administración y por un variable número de funcionarios, sujetos al principio de imparcialidad, lo que, entre otros aspectos, supone que no pueden solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna autoridad ajena a la OIT (art. 9 Constitución OIT). Sus cometidos son de carácter técnico y administrativo, actuando como secretariado permanente de la organización, llevando a cabo estudios, información y asistencia técnica de los Gobiernos que la soliciten, y editando distintas publicaciones relativas al Derecho internacional y comparado del trabajo.

B) Objetivos

Para el adecuado desarrollo de las funciones que tiene encomendadas, la OIT se obliga a fomentar programas de amplio espectro dirigidos a ciertos objetivos, que, en esencia, están contenidos en la Declaración de Filadelfia de 1944 (apartado III). En esta Declaración puede apreciarse que los objetivos trazados se inscriben en un doble ámbito de actuación: un ámbito transversal y un ámbito específico, en la inteligencia de que los objetivos propios del primero actúan como presupuesto del adecuado cumplimiento de los integrados en el segundo.

a) Objetivos transversales

- Proteger a la infancia y a la maternidad.
- Suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados.
- Garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

b) Objetivos específicos

- Lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida.
- Emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común.

- Conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos.
- Adoptar, en materia de salarios, ganancias, jornada y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección.
- Lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas.
- Extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa.
- Proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones.

C) *Principios*

Los principios que guían la actividad y los objetivos de la OIT se contienen básicamente en dos Declaraciones. De un lado, en la Declaración de Filadelfia de 1944 y, de otro, en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

a) Declaración de Filadelfia

En la Declaración de Filadelfia de 1944, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT dejó establecidos los principios fundamentales que guían la actividad y objetivos de dicha organización y cuyo significado puede establecerse del siguiente modo:

— Principio de desmercantilización de la actividad laboral, concretado en la afirmación de que «el trabajo no es una mercancía». De este modo, se niega al tiempo que el trabajador pueda ser considerado como una mercancía, ya que su dignidad como persona lo impide.

— Principio de libertad como presupuesto de la igualdad, plasmado en la convicción de que «la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante».

— Principio de justicia distributiva, en cuya virtud se considera que «la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos».

— Principio de concertación contra la desigualdad, conforme al cual «La lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común».

b) Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 86.ª reunión (18-6-1998) adoptó la «Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento». Constatando que «el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas», dicho órgano declara el compromiso de los Estados miembros, aunque no hayan ratificado los correspondientes Convenios, de «respetar, promover y hacer realidad… los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios» y que se refieren a:

- La libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición efectiva del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

D) Instrumentos de actuación

La OIT tiene a su disposición distintos instrumentos de actuación relacionados, de forma directa o indirecta, con su acción normativa. Tales instrumentos pueden clasificarse, en atención a su diverso grado de eficacia jurídica, en normativos, interpretativos y propositivos.

a) Instrumentos normativos: Convenios

Los Convenios de la OIT son los únicos instrumentos de esta organización a los que, en propiedad, se les puede calificar de normativos, ya que crean obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican. Con todo, una vez aprobado por la mayoría cualificada de los dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes en la Conferencia de la OIT, la eficacia jurídica del Convenio en nuestro ordenamiento no es automática. Requiere, en primer lugar, la ratificación del convenio por la autoridad estatal competente (Cortes Generales con el Rey: arts. 94.1 y 63.2 CE), cuando el convenio suponga «modificación o derogación de alguna ley o exija medidas legislativas para su ejecución» [art. 94.1.*e*) CE], lo que, en materia laboral, constituye el supuesto típico. Dicha autoridad no está obligada a acordar la ratificación y, de no hacerlo, debe informar periódicamente al Director General de la OIT, «con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio» [art. 19.5.*e*) Constitución OIT].

Si el convenio se ratifica, su eficacia está condicionada, en segundo término, a su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*, momento en el que pasa a formar parte del ordenamiento interno (arts. 96.1 CE y 1.5 CC). Por último, la entrada en vigor del Convenio exige, asimismo, que se produzca el número mínimo de ratificaciones por los Estados miembros que el propio instrumento establezca.

Adicionalmente, debe anotarse que la aplicación directa del Convenio (art. 1.5 CC) está supeditada a su carácter autosuficiente (*self-executing*), lo que significa que no precise desarrollo legislativo o convencional para su efectiva puesta en práctica (STS 13-9-1988). La falta de transposición del Convenio al ordenamiento interno no le impide, con todo, cumplir una función interpretativa de las normas en vigor y aplicables. Pero dicha carencia no suele ser habitual, dado que los Convenios de la OIT, si bien abarcan un amplio contenido (relaciones individuales y colectivas de trabajo, protección social y control administrativo del cumplimiento de la normativa sociolaboral), se ciñen a la fijación de estándares mínimos de condiciones de trabajo que puedan cumplir los Estados miembros considerando su diversidad socioeconómica, política y cultural, y dichos mínimos suelen ser superados por nuestro ordenamiento laboral una vez que el programa legislativo que traza la CE en esta materia ha sido desarrollado en su mayor parte.

La posición jerárquica de los Convenios de la OIT en nuestro ordenamiento es, en primer lugar, de supeditación a la CE, cuya preferencia de rango sobre esta clase de norma internacional es indubitable, ya que «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional» (art. 95.1 CE). Pero dichos Convenios prevalecen sobre las normas infraconstitucionales, habida cuenta de la imposibilidad de que éstas procedan a la derogación, modificación o suspensión de aquéllos, pues tales acciones normativas sólo pueden realizarse en la forma prevista en el propio convenio o en las normas generales de Derecho Internacional (art. 96.1 CE).

El control del cumplimiento de los convenios se efectúa mediante dos procedimientos. Uno de ellos tiene carácter indirecto y se lleva a cabo a través de las memorias que deben remitir los Estados miembros al Director General de la OIT acerca de las medidas adoptadas para ejecutar los convenios ratificados (art. 22 Constitución OIT). El segundo procedimiento es de índole directa y se articula mediante denuncias contra un Estado miembro, que pueden presentarse ante el Consejo de Administración de la OIT bien por los Estados (quejas), bien por los representantes de los trabajadores o de los empresarios (reclamaciones).

Respecto de las quejas presentadas, el Consejo de Administración tiene la facultad de invitar al gobierno del Estado contra el que se presenta a formular una declaración sobre la misma. Si el Consejo no hace uso de dicha facultad o si, utilizándola, no recibe en un plazo prudencial una respuesta satisfactoria, puede nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión que motiva la queja y de informar a este respecto. El Director General de la OIT debe comunicar dicho informe al Consejo de Administración y a los gobiernos de los Estados concernidos y proceder, asimismo, a su publicación. Cada uno de dichos gobiernos debe comunicar al Director General de la OIT en el plazo de tres meses si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe y, en caso de que las rechace, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia, cuya decisión es inapelable (arts. 26, 29 y 31 Constitución OIT).

En el supuesto de las reclamaciones, el control es más débil y, por ello, menos eficaz. Dicho control se efectúa a partir de la posibilidad de que el Consejo de Administración invite al gobierno del Estado objeto de la reclamación a realizar al respecto la declaración que considere conveniente. Si en un plazo prudencial no se recibe respuesta o si, recibida, dicho órgano considera que la misma es insatisfactoria, la consecuencia se limita tan sólo a la mera posibilidad de hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida (arts. 24 y 25 Constitución OIT). Ello no impide que la reclamación pueda presentarse en tal caso ante la Corte Internacional y que su decisión sea igualmente irrecurrible.

b) Instrumentos interpretativos: Recomendaciones

Las Recomendaciones de la OIT no originan ninguna obligación internacional para los Estados miembros, careciendo por tanto de fuerza de obligar [art. 19.6.*d*) Constitución OIT] y limitándose a proponer los criterios que faciliten a los gobiernos, en determinadas materias, la adopción de un Convenio o su aplicación. En este marco propositivo, las Recomendaciones desempeñan una triple y diversa función:

- Una función preparatoria, en los casos en que un determinado tema o un aspecto del mismo no esté aún maduro para la adopción de un Convenio (art. 19.1 Constitución OIT).
- Una función complementaria, a fin de allanar la aplicación del Convenio y obtener el máximo número de ratificaciones. En este sentido, la doctrina constitucional y judicial han dejado establecido que las Recomendaciones «son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios» (STC 38/1981), actuando así «a modo de una interpretación auténtica» del mismo (STS 26-12-2001).
- Una función adaptativa, en cuya virtud la Recomendación permite acomodar la legislación estatal al singular contexto sociolaboral del Estado miembro, señaladamente cuando el Convenio y aquella legislación exijan un alto grado de tecnificación (por ejemplo, en materia de seguridad y salud en el trabajo).

Cualquiera que sea la función específica que la Recomendación haya de cumplir una vez adoptada, cada Estado miembro se obliga a someterla a la autoridad o autoridades competentes en el plazo de un año (ampliable excepcionalmente a dieciocho meses) a fin de que «le den forma de ley o adopten otras medidas» [art. 19.6.*b*) Constitución OIT]. A esta obligación se acompañan dos deberes de información por parte de cada Estado miembro al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo [art. 19.6.*c*) y *d*) Constitución OIT]. Uno es inicial y supone informar a dicho órgano sobre las medidas adoptadas para someter la recomendación a la autoridad nacional competente. Otro es sucesivo e implica evacuar informe, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de legislación estatal y la

práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario introducir en estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

c) Instrumentos propositivos: Resoluciones

Al margen de la función reguladora se sitúan las Resoluciones de la Conferencia de la OIT. Se adoptan por mayoría simple de los Delegados y suelen versar sobre materias objeto de Convenios y Recomendaciones. Explicitan un mero criterio u opinión sin fuerza vinculante alguna para los Estados miembros, teniendo únicamente un valor de estímulo propositivo a fin de que los Estados miembros elaboren convenios o recomendaciones en relación a materias sociolaborales de su interés.

2. Fuentes internacionales generalistas

Considerando la dimensión geográfica en que las fuentes internacionales generalistas se aplican, debe distinguirse las fuentes de ámbito regional, de ámbito general y de ámbito interestatal.

A) De ámbito regional

a) El Derecho Social de la Unión Europea

a') Organización institucional de la Unión Europa

El carácter híbrido de la organización institucional europea, situada a medio camino entre el confederalismo y el federalismo, dificulta objetivamente la tarea de edificar una política social eficaz y coherente, pues no existe un modelo definido y homogéneo que permita articular las competencias necesarias para desarrollar una política social de esa índole, sustitutiva con ventaja de las que, con alcance diverso, desarrollan los Estados miembros.

Dicha organización presenta, además, un claro déficit democrático, que se manifiesta en la configuración funcional de los principales órganos de los que se dota la UE. Para empezar, debe señalarse que el Parlamento Europeo, pese a haber experimentado una cierta evolución desde la mera función consultiva inicial al procedimiento de codecisión introducido por el Tratado de Maas-tricht, aparece como un órgano extremadamente débil, teniendo en cuenta que no actúa como legislador comunitario, sino que cumple la más modesta función codecisoria junto al Consejo de Ministros, el cual, a su vez, junto a esta función colegislativa, desempeña tareas ejecutivas internas respecto de sus propias decisiones, lo que revela las carencias autocráticas del sistema.

A esta falta de separación de poderes se une la confusión funcional en el ámbito de lo que, en un contexto estatal, podría denominarse, poder ejecutivo de la UE. En este sentido, la Comisión Europea ostenta, de un lado, funciones ejecutivas, sobre todo en materia económica, pero sujetas a la aprobación del Consejo de Ministros y, de otro, retiene el monopolio de la iniciativa legislativa dirigiendo a dicho Consejo proposiciones de reglamento o directiva. Por su parte, el Consejo Europeo es un órgano que rezuma ambigüedad en cuanto a sus funciones, que no están contempladas en los Tratados fundacionales y que tampoco se han institucionalizado de forma plena en sus posteriores reformas. El desempeño, entre otras, de funciones de orden constitucional respecto de los Tratados, pugna frontalmente, por lo demás, con los principios democráticos, considerando que el Consejo Europeo no está integrado por los parlamentarios europeos, sino por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE.

A esa insuficiencia institucional de la UE le acompaña una acción comunitaria articulada en torno a la preeminencia de la política económica sobre la base de una moneda común, el afán de convergencia de las políticas económicas nacionales y de una disciplina presupuestaria compartida. Al tiempo, esa misma preeminencia de lo económico ha posibilitado también la instauración y mantenimiento de un sistema de organización institucional con importantes carencias democráticas.

El maridaje entre déficit democrático y prioridad de la política económica, dan como resultado que la UE afronte sus tareas bajo la misma perspectiva fundacional, que, fiel a los postulados neoliberales, concibe la cohesión social como un precipitado de la construcción del mercado único. Por tanto, aunque la UE surja externamente como un contrapeso frente a los países que lideran la globalización dominante, en el ámbito interno y pese a los limitados avances registrados en la cohesión social, siguen prevaleciendo aquellos postulados que subordinan la política social al imperativo de la competitividad.

b') Objetivos del Derecho Social de la Unión Europea

La UE y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos fundamentales, en especial los contemplados en la CSE y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989, establecen como objetivos de su política social: el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones (art. 151.1.º TFUE).

Se trata de objetivos propios del Estado del bienestar que el capitalismo desarrollado acepta en el ámbito de las relaciones laborales. En este marco, el catálogo de esos fines es más específico que el utilizado por la OIT, básicamente por dos razones. De un lado, debido a que, a diferencia de aquélla, la UE es básicamente una unión monetaria y, hasta cierto punto, económica, que precisa ocuparse instrumentalmente de las relaciones laborales y la protección social para alcanzar un grado de bienestar económico y social homogéneo. De otro, porque la UE se desenvuelve en un ámbito regional que cuenta con una renta nacional y un nivel de vida superiores —aunque la exclusión social y la pobreza no sean, ni mucho menos, desconocidas en algunos de sus Estados miembros—, lo que le permite abordar de manera más incisiva la materia laboral.

c') Principios del Derecho Social de la Unión Europea

a'') Principio de primacía

En la ordenación de las fuentes del Derecho del Trabajo rige también el principio de primacía de las normas comunitarias respecto de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Se trata de un principio de construcción jurisprudencial, en cuya virtud «al Derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad» (SSTJCE 15-7-1964 y 9-3-1978). En nuestro ordenamiento, esa preeminencia del Derecho comunitario deriva del artículo 93 CE y de la cesión parcial de soberanía normativa que en el mismo se contempla al autorizar, mediante ley orgánica, «la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Tal cesión se llevó a cabo, como es bien sabido, mediante la LO 10/1985, autorizatoria de la ratificación por España del Tratado de Adhesión de ésta y de Portugal a la Comunidad Europea, de forma que una vez celebrado válidamente y publicado oficialmente (el 1-1-1986) el ordenamiento comunitario pasó a formar parte en su integridad (Derecho originario y Derecho derivado) de nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE).

Téngase en cuenta a este propósito que de ese ordenamiento comunitario forman parte los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE y que dicho texto «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 TUE), lo que comporta asignarle fuerza vinculante. De aquí se sigue que los Estados miembros han de respetar los derechos y observar los principios contemplados en dicha Carta, promoviendo su aplicación «con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión» (art. 51.1 de la Carta). La Carta dedica un buen número de preceptos al reconocimiento de derechos sociales de la máxima entidad, entre los que se encuentran el

derecho a no ser sometido a trabajos forzados, a fundar sindicatos y afiliarse a los mismos, a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, a la negociación colectiva y a la acción colectiva, al acceso a los servicios de colocación, a la protección en caso de despido injustificado, a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, a la prohibición del trabajo infantil y a la protección de los jóvenes en el trabajo, a la conciliación de la vida familiar y profesional, al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social y a los servicios sociales y a la protección de la salud.

La operatividad del principio de primacía en nuestro ordenamiento debe matizarse en un doble sentido. En primer lugar, afirmando el carácter supralegal del Derecho comunitario y la plena eficacia del principio en este terreno, dado que la ley interna carece de habilitación para derogar, modificar o suspender las disposiciones de un tratado, lo que tan sólo podrá realizarse conforme a lo previsto en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (art. 96.1 CE). En segundo término, señalando el carácter infraconstitucional del tratado, puesto que la celebración de esta clase de acuerdos internacionales que puedan contener «estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional» (art. 95.1 CE), lo que revela que el principio de primacía del Derecho comunitario no puede sobreponerse a la norma constitucional cuando la contradiga. Ello no impide, sin embargo, que, con el fin de preservar la preeminencia jerárquica de la CE y de garantizar al tiempo los compromisos que pueda concertar el Estado español en el orden internacional, se haya establecido al respecto en la propia norma constitucional un mecanismo de control preventivo de constitucionalidad, facultando al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras para que puedan requerir al TC a fin de que éste declare si existe o no dicha contradicción (art. 95.2 CE).

b") Principio de subsidiariedad

Desde sus inicios, la actuación de la UE se ha regido por el principio de subsidiariedad, con arreglo al cual esta organización, «en los ámbitos que no sean de su exclusiva competencia» únicamente puede intervenir «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros…, sino que puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión» (art. 5.3 TUE).

En materia laboral el referido principio tiene una amplia aplicación, dado que en dicha materia las competencias exclusivas de la UE son de menor extensión que las de carácter compartido. Por consiguiente, el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros en materia laboral reserva a los Estados el protagonismo regulador al abrigo del mencionado principio.

1.ª Competencias exclusivas de la UE:

- La regulación básica de la libre circulación de trabajadores (arts. 45 a 48 TFUE).
- El desarrollo de «una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, que esté basada en la solidaridad entre los Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países» (art. 67.2 TFUE).

2.ª Competencias compartidas con los Estados miembros, en las que resulta plenamente operativo el principio de subsidiariedad (art. 153.1 TFUE), ya que la UE se limita aquí a apoyar y completar la acción de los Estados en una serie de materias. Esta función la puede ejercer bien adoptando medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros (por ejemplo, mediante intercambio de información y buenas prácticas), con exclusión de toda armonización de sus disposiciones legales y reglamentarias, bien adoptando, mediante directivas, las disposiciones mínimas de aplicación progresiva en atención a las condiciones y reglamentaciones técnicas de dichos Estados (art. 153.2 TFUE).

El ejercicio de esta función de apoyo y complemento está sometido a distintos procedimientos legislativos, ordinario o especial, en función de las materias sobre las que la UE desarrolla estas competencias (arts. 149, 166.4 y 153.2 TFUE).

— Al procedimiento ordinario de mayoría simple se sujetan las materias relativas a la mejora del entorno de trabajo, las condiciones de trabajo, la información y consulta de los trabajadores, medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros a fin de apoyar su actuación en el ámbito del empleo y medidas para contribuir a una política de formación profesional que complete las acciones de los Estados miembros.

— El procedimiento especial exige unanimidad en la adopción de las correspondientes actuaciones comunitarias cuando se trate de la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. No obstante, en algunas de estas materias, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, puede decidir la aplicación del procedimiento ordinario.

3.ª Competencias exclusivas de los Estados. Al margen de la acción reguladora de la UE quedan determinadas materias que, por tanto, se reservan en exclusiva a la competencia estatal (art. 153.5 TFUE). Se trata de materias que en nuestro ordenamiento tienen acomodo constitucional y cuya reserva a los Estados miembros puede explicarse bien por tratarse de componentes esenciales de la renta nacional (las remuneraciones) cuyo control desean mantener los Estados, bien por afectar a derechos colectivos de la máxima trascendencia en el sistema de relaciones laborales, respecto de los cuales los Estados no quieren ceder su poder de regulación dadas las implicaciones que tales derechos tienen en lo relativo a la representatividad de los trabajadores y al ejercicio de la libertad sindical (derecho de asociación y de sindicación), así como al régimen jurídico de los conflictos colectivos de trabajo (derecho de huelga y derecho de cierre patronal).

c'') Principio de prioridad económica

En la esfera de la UE la norma laboral se configura como una variable dependiente de la actividad económica. La seguridad en el empleo y en sus condiciones quedan así supeditadas al logro del crecimiento económico y de la competitividad. El temprano reconocimiento de la libre circulación de trabajadores confirma esta subordinación. Aunque el desarrollo del Derecho social comunitario ha experimentado ciertos avances en materia laboral, el principio de prioridad económica, no expresamente formulado, sigue informando sin embargo la norma comunitaria, al considerarse que la consecución evolutiva de los objetivos de la UE «resultará del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales» (art. 151.3.º TFUE).

Este principio parte del criterio, aceptado fundadamente por doctrina especializada, de que el crecimiento económico es presupuesto indispensable para lograr la cohesión y el progreso sociales. Pero ese presupuesto aun siendo condición necesaria no lo es suficiente para alcanzar dichos fines sociales. Ello es así por distintas razones. Las principales permiten señalar que el crecimiento económico no es neutro, pues implica un determinado reparto de la riqueza producida en función de criterios socioeconómicos y políticos; que la inversión no siempre tiene el deseable carácter productivo, sino que, cada vez más, presenta una clara faz especulativa y financiera en detrimento de aquella otra; que las inversiones productivas no persiguen siempre la cohesión social sino el consumismo generador de desequilibrio social (por ejemplo, la desbocada fabricación de automóviles para uso privado en detrimento del transporte público) y de insolidaridad internacional con los países sumidos en la pobreza, o que la redistribución de la renta nacional por la vía de los impuestos y de las correspondientes prestaciones públicas no suele beneficiar de forma equitativa a los más desfavorecidos en la estructura social cuando el Estado atenúa u omite su dimensión compensadora y transformadora respecto de las desigualdades sociales.

d') Instrumentos de actuación

Al servicio de los fines recogidos en el Derecho originario de la UE se establecen determinados instrumentos de actuación, pudiendo distinguirse dos clases de ellos con arreglo al carácter vinculante o no que tengan atribuido y a la función que cada uno desempeñe. En una primera clase pueden incluirse aquellos a los que se asigna carácter jurídicamente vinculante. Éstos admiten, a su vez, una subdivisión que considera el carácter vertical u horizontal de los mismos según deriven de los órganos comunitarios hacía los Estados miembros (reglamentos, directivas y decisiones) o se adopten en un marco interestatal bien que con presencia de la UE como institución (acuerdos y convenios multilaterales). A un segundo tipo pertenecen los instrumentos no vinculantes, desglosables, asimismo, entre aquellos que presentan un carácter vertical, aunque no vinculante, dado que se adoptan por los órganos comunitarios con destino a los Estados miembros (recomendaciones, dictámenes y declaraciones de derechos) y los que muestran un carácter horizontal al ser asumidos por los interlocutores sociales (acuerdos colectivos).

a'') Instrumentos vinculantes

1.º De carácter vertical: reglamentos, directivas y decisiones

— El reglamento comunitario es una disposición normativa de alcance general, lo que significa que, salvo modulación específicamente contemplada, afecta por igual a todos los Estados miembros. Está dotado de obligatoriedad «en todos sus elementos», esto es, en su contenido íntegro (art. 288 TFUE). En este carácter obligatorio no debe verse exclusividad normadora, porque el reglamento comunitario puede requerir desarrollo o complemento por parte de las normas estatales. Son directamente aplicables en cada Estado miembro, a cuyo efecto basta con su publicación en el *DOCE*. De esta aplicabilidad directa de los reglamentos deriva su efecto directo, noción distinta de la anterior y que remite a la operatividad de tales normas a fin de que los particulares puedan sustentar en ellas pretensiones jurídicas conforme a los ordenamientos internos (STS 24-4-1990).

El alto grado de obligatoriedad del reglamento queda materialmente reducido por mor de las escasas competencias exclusivas que la UE tiene atribuidas en la esfera laboral. En este ámbito material, esta norma comunitaria desempeña una función coordinadora de los distintos ordenamientos estatales, sin perder por ello su carácter obligatorio. Así sucede, por ejemplo, con el Reglamento (CEE) 1612/1968, de 15 de octubre (sucesivamente modificado), relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad o con el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que vino a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

— Las directivas son también disposiciones de carácter general y obligatorio, pero caracterizadas por vincular a los Estados miembros únicamente respecto del resultado a alcanzar, dejando a éstos libertad reguladora en relación con la forma y medios a través de los cuales tal resultado haya de obtenerse (art. 288 TFUE). De aquí que la directiva cumpla una función armonizadora y de progresivo acercamiento de los ordenamientos estatales, estableciendo mínimos mejorables por la norma interna; función centrada especialmente en lo relativo al empleo y a los costes laborales (igualdad de trato en el empleo y la ocupación entre hombres y mujeres, despidos colectivos, seguridad y salud laborales…) y, en menor medida, en materia de representación colectiva de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La existencia de esa necesaria mediación por la norma estatal o, en su caso, mediante la negociación colectiva llevada a cabo por los interlocutores sociales en los Estados miembros (art. 153.3 TFUE), a fin de transponer la directiva en el plazo que ésta establezca, implica que dicha norma comunitaria carece de aplicabilidad directa hasta tanto esa transposición se lleve a cabo.

No obstante, esa aplicabilidad y el consiguiente efecto directo de la directiva pueden también alcanzarse en el supuesto de que la misma tenga un contenido claro, preciso e incondicional (STJCE 14-7-1994), de forma que su transposición no sea necesaria, aunque usualmente la precisa al no concurrir

dichos requisitos. En este caso, cuando un Estado miembro incumpla el plazo para instrumentarla mediante su normativa interna y aquel contenido no pueda identificarse, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que «los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva» (STJCE 4-7-2006).

Ahora bien, hay que considerar el supuesto de que el resultado exigido por una directiva no transpuesta resulte inviable mediante su interpretación por el juez estatal. En tal caso, el propio TJCE ha admitido el efecto directo de dicha norma pendiente de transposición señalando que «el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una directiva, siempre y cuando concurran tres requisitos. Primero, que el objetivo de la directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas» (SSTJCE 19-11-1991 y 4-7-2006).

— Las Decisiones tienen también carácter obligatorio en todos sus elementos, pero, a diferencia de los reglamentos, la obligatoriedad sólo alcanza a destinatarios concretos (art. 288 TFUE) y no a todos los Estados miembros.

2.º De carácter horizontal: acuerdos y convenios multilaterales

El ámbito comunitario conoce también instrumentos vinculantes pero de carácter horizontal, ya que no derivan unilateralmente de los órganos comunitarios, sino que, junto a ellos están también presentes los Estados miembros. El ordenamiento comunitario está entreverado de estos acuerdos multilaterales a lo largo de su evolución. Directa o indirectamente afectan a la materia propia de las relaciones laborales.

Ejemplos destacados de tales acuerdos son:

— Los Acuerdos de Shengen, de 14 de junio de 1985 y el Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, que, junto a la creación de un espacio mayor de libre circulación de personas, mercancías y capitales, fortaleció la seguridad interior comunitaria mediante una política de control de los flujos migratorios. Estos acuerdos intergubernamentales fueron suscritos inicialmente por cinco Estados miembros (República Federal de Alemania, Francia, los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo).

— El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, suscrito entre la CEE y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio —algunos de los cuales ya se habían incorporado con anterioridad a dicho Acuerdo a la UE (Dinamarca y Portugal) o lo hicieron posteriormente (Finlandia y Suecia)—, y que posibilitó que los trabajadores de los Estados no incorporados a la UE gozaran de la libertad de circulación comunitaria (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

— El Acuerdo entre la CEE y la Confederación Suiza de 21 de junio de 1999, sobre libre circulación de personas, estableciendo la aplicación para los ciudadanos suizos y sus familias del mismo tratamiento en esta materia que el dispensado a los ciudadanos y familiares de los Estados miembros de aquélla.

b") Instrumentos no vinculantes

1.º De carácter vertical: recomendaciones y dictámenes y declaraciones de derechos

Adoptadas por el Consejo o la Comisión, las recomendaciones no tienen carácter obligatorio, tratando únicamente de estimular la armonización legislativa entre los Estados miembros con un cierto grado de

concreción sobre una determinada materia (por ejemplo, fijación de la jornada semanal de trabajo en 35 horas), por lo que suelen ser la antesala de las directivas. Tampoco poseen fuerza vinculante los dictámenes emanados de la Comisión. Su contenido es más inconcreto, limitándose a formular una declaración genérica sobre una materia (por ejemplo, sobre la conveniencia de reducir el tiempo de trabajo).

Por lo que se refiere a las declaraciones de derechos, es preciso mencionar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La carencia de valor jurídico vinculante de este texto no plantea ya el problema de la aplicación del amplio catálogo de derechos sociales que la misma contempla, puesto que éstos han sido incorporados en su mayor parte al TFUE y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.º De carácter horizontal: acuerdos colectivos comunitarios

Aunque la introducción de la negociación colectiva comunitaria mediante el TUE supuso un innegable avance en la estructura de las fuentes del ordenamiento social en ese ámbito y existan ya algunos frutos concretos de esa reforma, su desarrollo es todavía embrionario, tanto desde el prisma cuantitativo, como de el plano cualitativo, si se compara con la vertiente interna de esta institución negocial. El impulso de la misma se realiza en el ordenamiento comunitario mediante dos modalidades singulares de negociación colectiva laboral, propia e impropia. Denominador común de ambas es la carencia de eficacia normativa directa de los acuerdos alcanzados.

Conforme a la modalidad propia, se faculta a los interlocutores sociales en el ámbito de la UE para concertar verdaderos acuerdos colectivos comunitarios en dicho ámbito como consecuencia del diálogo social (art. 155.1 TFUE). Su falta de eficacia normativa directa deriva de que su aplicación queda condicionada a «los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales» en cada Estado miembro (art. 155.2 TFUE), lo que supone a efectos de su transposición, dotarles únicamente de una eficacia contractual y, por tanto, que dichos interlocutores acepten asumir en su integridad, en el ámbito estatal, el acuerdo colectivo comunitario alcanzado por las organizaciones empresariales y sindicales que lo hayan suscrito.

Junto a lo anterior, la plena operatividad de esta modalidad exigiría la ar-ticulación de dos actuaciones normativas a nivel comunitario. De un lado, el establecimiento de una regulación adecuada del régimen jurídico de la institución (determinación de las partes negociadoras y de su representatividad, niveles y procedimiento de negociación, contenido, garantías de aplicación…), ausencia suplida hasta la fecha por la propia autonomía negocial colectiva. Por otra parte, el desbloqueo de la exclusión competencial comunitaria de ciertas materias laborales estrechamente conectadas con la negociación colectiva y que, como ya se señaló, quedan al margen de dicha competencia, concretamente los derechos de sindicación y de huelga (art. 153.5 TFUE). Pese a estas dificultades, bajo esta modalidad se han concluido varios acuerdos, como son, entre otros, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (16-7-2002), el Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés vinculado al trabajo (2004) o el Acuerdo Marco Europeo sobre violencia y acoso en el trabajo (2007). Su puesta en práctica en nuestro ordenamiento se ha instrumentado mediante distintos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva (de 2003, 2005 y 2007, respectivamente), a los que se incorporan como anexo recomendando su cumplimiento tanto en la negociación colectiva como en la práctica empresarial.

La modalidad impropia de la negociación colectiva comunitaria se ha calificado como una suerte de «directivas negociadas». Introducida asimismo mediante el TUE, y reforzada por el Tratado de Amsterdam, supuso sin duda un avance institucional al establecerse el principio de preferencia de aquella negociación respecto de la legislación comunitaria, regida así por el principio de subsidiariedad respecto del poder negocial colectivo comunitario, al que se atribuye la facultad de anteponerse a aquélla cuando, como consecuencia del procedimiento de doble consulta obligatoria a los interlocutores sociales en el ámbito de la política social, éstos informen a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso negocial para la adopción de un acuerdo colectivo comunitario (art. 154.2, 3 y 4 TFUE).

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que si bien la legislación comunitaria es subsidiaria en lo que afecta al proceso negocial que puede concluir en un acuerdo colectivo, una vez alcanzado éste, la norma comunitaria recobra su protagonismo, pues la eficacia del acuerdo exige su incorporación a una decisión del Consejo bajo la forma de directiva, a petición conjunta de las partes firmantes, a propuesta de la Comisión (art. 154.2 TFUE) y previa comprobación de la representatividad de las partes y de la legalidad de su contenido. Fórmula de legislación negociada que, dada su eficacia *erga omnes* en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es la que, hasta la fecha, ha cosechado más resultados prácticos a efectos de trasposición (por ejemplo, la Directiva 96/34 que recoge el Acuerdo Marco sobre permiso parental, la Directiva 99/70 que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, o la Directiva 97/1981, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial). Por consiguiente, es la directiva la que, como fuente comunitaria del Derecho del Trabajo, tiene aplicación en el ordenamiento de los Estados miembros, aunque en realidad incorpore íntegramente el texto del acuerdo colectivo negociado.

b) Las disposiciones laborales del Consejo de Europa

El Derecho Social del Consejo de Europa, presenta un menor desarrollo que el alcanzado por el ordenamiento social comunitario, aunque contiene normas de indudable incidencia e importancia en materia sociolaboral. Dos de estas normas merecen especial atención: CEDHLF y la CSE.

El CEDHLF es una norma internacional de ámbito regional que, si bien regula básicamente derechos civiles y políticos, se ocupa de algunos de carácter laboral inherentes a toda persona, dotados de un contenido diverso pero con indudables vínculos en la práctica de las relaciones de trabajo: la prohibición de realizar trabajos forzosos y el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Su incumplimiento —al igual que el de los restantes derechos y libertades— puede dar lugar a la formulación de demandas entre Estados parte o demandas individuales (persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares; arts. 33 y 34) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y una vez agotadas las vías de recursos internas (art. 35.1). Si el Tribunal declara que ha existido violación del Convenio o de sus Protocolos, puede conceder a la parte perjudicada «una satisfacción equitativa», traducible, en su caso, en una indemnización, siempre que el derecho interno del Estado infractor no permita reparar de forma adecuada las consecuencias de la violación normativa declarada (art. 41).

A diferencia del anterior instrumento, el contenido de la CSE es específicamente laboral y se extiende a un amplio conjunto de derechos, entre otros al derecho al trabajo, a unas condiciones de trabajo equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo, a una remuneración equitativa, a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la protección de los niños, adolescentes y trabajadoras, a la orientación y formación profesionales, a la protección de la salud o a la seguridad social. El nivel protector de ese contenido es ambivalente si se compara con el que proporciona la OIT, ya que en ocasiones lo supera (por ejemplo, en materia de derecho de huelga o de trabajadores migrantes), pero en otras es inferior (por ejemplo, en materia de tiempo de trabajo o de protección por maternidad).

El contenido de la CSE no sólo vincula a los Estados signatarios que, como miembros del Consejo de Europa, la hayan ratificado —a salvo de las reservas contenidas en las mismas—, sino que «los derechos sociales fundamentales» que contempla, sustentan los objetivos de política social trazados por el TFUE (art. 151.1.º), ya señalados con anterioridad.

No obstante, esa vinculación no corre paralela con el mecanismo de control en la aplicación de la CSE, que no contempla a este respecto fórmulas obligatorias para los Estados, inspirándose en el sistema establecido por la OIT para sus convenios. En este sentido, los Estados que la hayan ratificado deben remitir periódicamente memorias sobre su aplicación, que son examinadas por un Comité de Expertos, cuyas conclusiones se someten al Comité de Ministros, quien, previa consulta a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, puede formular recomendaciones a los Estados que hayan incumplido las disposiciones de la Carta.

B) De ámbito general: Naciones Unidas

En el marco de la ONU deben traerse a colación tres disposiciones de primer orden atendiendo a su contenido, en las que, con distinta extensión y fuerza de obligar, se regulan derechos sociales que afectan al ámbito de las relaciones laborales.

La primera de ellas es la DUDH. Reconoce este texto derechos humanos decisivos en el ámbito laboral, tales como el derecho a la seguridad social (art. 22), al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, al desempleo, a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana (art. 23.1 y 3), a fundar sindicatos y a sindicarse (art. 23.4), al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (art. 24). Los derechos así reconocidos deben calificarse de humanos pues se atribuyen a «toda persona» y figuran en una declaración que concentra, según su preámbulo, «un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse». Su consideración como derechos humanos significa que vienen a traducir exigencias axiológicas o moralmente prescriptivas, esenciales para realizar la dignidad, libertad e igualdad humanas, pero que hasta tanto no son positivizadas a título de derechos fundamentales por los ordenamientos estatales no resultan vinculantes para fundar pretensiones jurisdiccionales que amparen su cumplimiento. Ello no implica, sin embargo, que carezcan de toda eficacia jurídica, pues la tienen en cuanto obligada pauta interpretativa de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestro texto constitucional, según reza el artículo 10.2 del mismo.

En contraste con el anterior, los dos restantes textos presentan carácter vinculante, si bien con distinto alcance para cada uno de ellos. Adoptados mediante sendas Resoluciones de la ONU de 16 de diciembre de 1966, recogen la práctica totalidad de los derechos sociales que ya se habían incorporado en el ámbito europeo, tanto en el CEDHLF como en la CSE, según se ha visto con anterioridad. Así, con un mayor alcance general y un consecuente menor perímetro en materia laboral, el PIDCP, en desarrollo de la DUDH, reitera entre sus preceptos la prohibición del trabajo forzoso (art. 8.3) y el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses (art. 22.1). Por su parte, el PIDESC regula con mayor amplitud y de forma monográfica el catálogo de derechos humanos de carácter social contemplado en la DUDH, como son el derecho a trabajar, a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, a la seguridad e higiene en el trabajo, a las vacaciones periódicas pagadas, a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, a la huelga o a la seguridad social.

Como acaba de señalarse, el carácter vinculante de los Pactos mencionados no tiene el mismo alcance para ambos, habida cuenta de la diversa naturaleza de los derechos que cada uno reconoce. De este modo, en tanto en el PIDCP cada Estado parte «se compromete a respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto» (art. 2.1), en el PIDESC, teniendo en cuenta el carácter de derechos prestacionales propio de la mayor parte de derechos sociales que incorpora, el compromiso estatal reviste una intensidad mucho menor, alcanzado tan sólo «a adoptar medidas… especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente… la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2.1). La diversa intensidad de estos compromisos implica distintas garantías internas de exigencia de los derechos reconocidos. La mayor cobertura corresponde al PIDCP, garantizando los Estados que toda persona a la que se le hayan violado los derechos o libertades reconocidos en el mismo «pueda interponer un recurso efectivo» ante las autoridades competentes del Estado (art. 2.3). En el PIDESC el compromiso estatal se limita a «garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna» por los motivos que se enumeran de forma abierta (art. 2.2). Estos grados de vinculación no impiden, por lo demás, que tales pactos internacionales cumplan en todo caso la función

interpretativa que les asigna el artículo 10.2 CE respecto de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que el propio Código Básico reconoce.

El diferente grado de vinculación que presentan los citados pactos queda reducido y homogeneizado cuando se trata de los mecanismos de control externo que los propios pactos establecen, puesto que tales dispositivos tienen un carácter meramente informativo, variando tan sólo los procedimientos aplicables para ponerlos en práctica. En este ámbito externo, el control por parte de los órganos competentes de la ONU para realizar la supervisión, se limita, para ambos pactos, bien al estudio de los informes periódicos que los Estados parte deben remitir a dichos órganos sobre el cumplimiento en su normativa interna de las obligaciones que en aquéllos se establecen, bien, en el caso del PIDCP, a la emisión de informes como consecuencia de las denuncias entre Estados parte (siempre que el Estado denunciado autorice la competencia del órgano de la ONU que ha de conocerlas) o de las denuncias formuladas por los particulares de los Estados parte contra éstos. Informes que, en este segundo supuesto, suelen incorporar recomendaciones a fin de alcanzar una solución amistosa en el conflicto planteado.

C) De ámbito interestatal

Entre las normas internacionales del trabajo deben mencionarse, asimismo, los tratados y convenios interestatales, de carácter bilateral o multilateral, sobre esta materia. Su importancia no debe minusvalorarse porque, si bien los derechos y obligaciones que contienen sólo afectan directamente a los Estados que los conciertan y ratifican, las materias que constituyen su contenido revisten la máxima relevancia en la regulación ordenada de los flujos internacionales de la fuerza de trabajo, versando por lo común sobre las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores de uno o varios Estados, así como sobre situaciones conexas a las mismas (entrada, residencia, agrupación familiar…). Respeto de ese contenido, se regulan, en términos de reciprocidad, modulaciones, especificaciones o ampliaciones de derechos y obligaciones de los trabajadores afectados, que no serían aplicables o no lo serían en los términos pactados de no haberse concluido el convenio o el acuerdo internacional.

Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho del Trabajo, estos tratados y convenios interestatales, válidamente celebrados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Una vez en vigor, obligan a las partes que los han concertado, debiendo ser cumplidos por éstas de buena fe, sin que ninguna de ellas pueda invocar las disposiciones de su ordenamiento interno para justificar su incumplimiento (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23-5-1969).

IV. FUENTES PROFESIONALES: LOS CONVENIOS COLECTIVOS

1. Concepto y caracteres

Singularidad propia del Derecho del Trabajo es la de contar con determinadas fuentes profesionales, denominadas convenios colectivos [art. 3.1.*b*) ET]. De la noción y regulación legales del convenio colectivo surge un concepto que lo identifica con el acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y empresarios en uso su autonomía negocial colectiva y como resultado del ejercicio del derecho de negociación colectiva laboral (arts. 82.1 ET y 37.1 CE). De esta definición pueden extraerse los rasgos que caracterizan el convenio colectivo.

A) Carácter contractual

Al definir el convenio colectivo como un acuerdo se quiere expresar el carácter contractual inherente a este instrumento jurídico-laboral, cuya elaboración exige, por tanto, el libre consentimiento de los sujetos

negociadores sobre el objeto del contrato y la causa de la obligación que se establezca. Ciertamente, se trata de un contrato singular teniendo en cuenta las partes que lo negocian y celebran y el tipo de cláusulas que integra su contenido. Pero no es dudoso que el convenio pertenece al género contractual, tanto formalmente (procedimiento de negociación), como sustancialmente (crea obligaciones contractuales entre las partes negociadoras).

B) Carácter normativo

Como consecuencia de una determinada evolución histórica, distinta en cada ordenamiento, el convenio colectivo ha alcanzado el carácter de norma jurídica en la CE (art. 37.1), tras superar las fases en las que primero se consideraba un mero pacto de hecho, inexigible jurídicamente y con una mera eficacia de índole moral, para después catalogarse como un contrato privado con la consecuente eficacia contractual. Alcanza así el convenio colectivo una naturaleza dual como contrato normativo, ya que, además de obligar a las partes que lo suscriben como todo contrato (art. 1.091 CC), posee fuerza normativa respecto de sujetos distintos de los contratantes. Con fórmula feliz, puede decirse que el convenio colectivo «es un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de ley» (Carnelutti). Pero, como enseguida ha de verse, la jurisprudencia no considera que toda clase de convenio colectivo pueda beneficiarse de aquella eficacia normativa.

C) Carácter colectivo

El carácter colectivo del convenio proviene de la afectación de sus cláusulas a una pluralidad de sujetos. Respecto de las cláusulas normativas (reguladoras de las condiciones de trabajo), porque éstas se aplican a la pluralidad de trabajadores y empresario o empresarios sometidos al convenio. En relación con las cláusulas obligacionales (las que crean obligaciones tan sólo entre las partes contratantes), puesto que del lado de los trabajadores éstos siempre tienen que negociar a través de representantes. En ambos tipos de cláusulas esta afectación es un dato estructural de todo convenio colectivo que, por tanto, opera al margen de que, en ocasiones, sea el empresario persona física el que lo negocie y celebre, por sí mismo o a través de representante.

D) Carácter laboral

Aunque a determinados efectos el término laboral comprende, con distinto alcance, diversas manifestaciones del trabajo dependiente con incidencia en ciertas normas laborales [Capítulo I, C) y D)], la denominación de convenios colectivos se reserva legalmente para los acuerdos colectivos que surgen del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral, es decir, entre representantes de los trabajadores asalariados y los empresarios en el sentido apuntado. Quedan por tanto excluidos del régimen jurídico de los convenios colectivos los acuerdos y pactos colectivos que regulan las relaciones de trabajo de los TRADE y de los funcionarios (Capítulo 20), de forma que estos últimos instrumentos no pueden considerarse convenios colectivos desde el prisma de su calificación jurídico-formal.

2. Eficacia jurídica

A) Clases

En el convenio colectivo es necesario distinguir tres clases de eficacia jurídica: eficacia normativa, eficacia contractual y eficacia personal.

a) *La eficacia normativa* del convenio cuenta con fundamento constitucional, pues la CE garantiza y manda garantizar al legislador «la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37.1 CE). Dicho mandato supone el reconocimiento constitucional de la eficacia normativa de todo convenio colectivo. Se trata de un plus obtenido a lo largo de una determinada evolución histórica del convenio y que se añade a la inherente eficacia contractual del mismo. El convenio colectivo aparece de este modo como una norma integrada en el Derecho objetivo, fuente del Derecho del Trabajo en sentido propio u originario (STC 177/1988).

Por consiguiente, del convenio colectivo debe predicarse su inderogabilidad por la mera voluntad de los sujetos del contrato de trabajo, así como su automaticidad al imponerse a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación, sin precisar de técnicas de contractualización, ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 58/1985). Junto a estas dos características esenciales del modelo de convenio colectivo dotado de eficacia normativa o fuerza vinculante, surgen otras derivadas:

a') La presunción de legitimidad del convenio debidamente elaborado y celebrado, que sólo puede destruirse mediante la declaración judicial de nulidad (arts. 163 y 166.3 LJS).

b') La aplicación del principio de modernidad en la sucesión de normas (art. 2.2 CC) y la consiguiente imposibilidad de conservar las condiciones de trabajo más ventajosas contenidas en la anterior norma convencional, salvo cláusula expresa de mantenimiento o existencia de condiciones más beneficiosas individuales [arts. 3.1.*c*) y 86.4 ET].

c') La facultad atribuida a la autoridad laboral para sancionar la violación del convenio colectivo por el empleador como ilícito administrativo grave o muy grave a título de acción u omisión contraria a la normativa laboral (arts. 5, 7.2, 7.5, 7.7, 7.10 y 8.8 LISOS).

d') La impugnación, mediante los recursos de suplicación o casación, de las sentencias de instancia en que se aprecie infracción de los convenios colectivos, como violación del Derecho objetivo [arts. 191.*c*) y 205.*e*) LJS].

La eficacia normativa del convenio colectivo ha experimentado un específico y paulatino debilitamiento, en especial mediante la sucesiva modificación del artículo 82.3 ET. En síntesis, la secuencia se inicia con la introducción por la LRET en ese precepto de la posibilidad de inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa en determinadas circunstancias, prosigue con la LEMURMET, que configura dichas circunstancias con mayor amplitud, y finaliza con la LEMURMEL que extiende a todo tipo de convenio colectivo, de sector o de empresa, tal posibilidad y ensancha generosamente las causas y las materias que permiten acordar dicha inaplicación [Capítulo 19, III, 3, B)].

b) La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios no alude a *la eficacia contractual* de los mismos, puesto que, como ya se ha señalado, esta clase de eficacia es consustancial a todo convenio colectivo, habida cuenta de su condición de contrato (art. 1.258 CC). Cualidad que implica la aplicación al convenio, en cuanto lo permita su especificidad, de las reglas civiles comunes por las que se rigen las relaciones contractuales (arts. 1.254 ss. CC). Esta eficacia determina que los efectos del convenio se circunscriban a las partes contratantes y, en su caso, a los terceros por ellas representados. El modelo de convenio colectivo dotado tan sólo de eficacia contractual obedece así a ciertas características:

a') Carencia de la cualidad de norma, por lo que el convenio no puede generar Derecho objetivo, sino derechos subjetivos y obligaciones para las partes contratantes.

b') Inexistencia de automaticidad en la aplicación del convenio, que exige su incorporación, expresa o tácitamente, a cada uno de los contratos de trabajo del ámbito personal al que se contraiga el convenio.

c') Posibilidad de derogación peyorativa del convenio, no sólo por otro posterior, sino por los contratos de trabajo que ulteriormente puedan celebrarse. Al convenio con eficacia contractual no puede aplicársele, en consecuencia, el principio de norma mínima.

d') La vulneración del convenio sólo provoca responsabilidad contractual para la parte incumplidora, sin que pueda sancionarse como ilícito administrativo.

c) Tampoco se refiere la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios a la *eficacia personal* de los mismos. Por ello, una vez reconocida por la CE la fuerza vinculante de los convenios y remitida la regulación de su garantía al legislador, éste puede optar por establecer bien una eficacia personal general, bien una eficacia personal limitada del instrumento negocial: la totalidad de los trabajadores y empresarios de la unidad de negociación o únicamente los que estén representados por las partes negociadoras, respectivamente.

B) Alcance

Las tres clases de eficacia jurídica que acaban de examinarse no concurren al mismo tiempo en todos los tipos de convenios colectivos, advirtiéndose diferencias notables entre ellos. A fin de identificar tales diferencias, debe trazarse aquí una clasificación que considere su finalidad y la materia objeto de regulación, distinguiendo entre convenios colectivos estatutarios, convenios colectivos extraestatutarios, acuerdos colectivos asimilados, acuerdos mixtos y acuerdos de empresa.

a) Convenios colectivos estatutarios

Son instrumentos derivados del derecho de negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE), elaborados, celebrados y administrados de acuerdo con las reglas subjetivas, objetivas y procedimentales establecidas en el ET a este propósito. Su finalidad estriba en la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo, así como de las materias que afecten al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales (arts. 82.2 y 85.1 ET). El convenio colectivo estatutario goza de eficacia normativa, lo que permite calificarlo como fuente del Derecho del Trabajo [art. 3.1.*b*) ET], disponiendo, asimismo, de eficacia personal general o *erga omnes* (SSTC 4/1983, 98/1985 y 184/1991), de la que deriva su aplicación al conjunto de los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito funcional y territorial, al margen de que unos y otros estén o no afiliados y asociados a las organizaciones que lo han suscrito.

La eficacia general puede, no obstante, ser exceptuada en el propio convenio por causas justificadas para determinados trabajadores, como es el caso de ciertos directivos o técnicos, habida cuenta de su poder de negociación individual. Pero viola la igualdad de trato excluir a trabajadores que carecen de ese poder negocial singular (contratados en prácticas: STC 136/1987) o que han formalizado contratos de trabajo temporales (STC 177/1993). La regulación con mayor pormenor y la asignación de la doble eficacia señalada de este tipo de convenios dan como resultado una utilización cuantitativamente superior de los mismos en la práctica negocial colectiva.

b) Convenios colectivos extraestatutarios

El convenio estatutario constituye una de las opciones legislativas de desarrollo del artículo 37.1 CE, pero no agota el abanico de posibilidades que este precepto encierra respecto de las clases de instrumentos negociales de orden colectivo. Por una parte, porque el artículo 2.2.*d*) LOLS reconoce el derecho a la negociación colectiva a «las organizaciones sindicales», sin distinguir clases de sindicatos o niveles de representatividad, de modo que ese derecho forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical de todo sindicato legalmente constituido (SSTC 27/1983 y 39/1986), aunque no reúna la exigente legitimación que requiere el ET para negociar convenios estatutarios. Por otro lado, porque el artículo 37.1 CE se refiere, en plural, a «los convenios», permitiendo por tanto la existencia de distintas clases de instrumentos convencionales derivados del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, cuya regulación queda deferida al legislador.

Considerando la amplitud del marco tipológico que el artículo 37.1 CE ofrece a la práctica negocial colectiva, la preferente inclinación del legislador por un tipo de convenio colectivo, el estatutario, no puede

cerrar el paso a otra clase de convenios carentes de regulación en el ET y denominados por ello convenios o pactos colectivos extraestatutarios. Siempre que su celebración no implique llevar a cabo conductas antisindicales (STC 108/1989), el recurso a este tipo de convenios colectivos es admisible, en especial para suavizar las más rígidas exigencias derivadas de la negociación estatutaria, existiendo así causas legítimas para suscribir esta clase de convenios (carencia de legitimación para negociar un convenio estatutario, de las mayorías necesarias para su aprobación…).

Su fundamento normativo reposa, asimismo, en el artículo 37.1 CE y en las reglas generales del Derecho común de los contratos. Implícitamente la normativa laboral, ya sea sustantiva (arts. 82.3 y 90.1 ET), ya procesal (arts. 153.1 y 163.1 LJS), ha venido a reconocerlos. La doctrina constitucional les asigna acertadamente eficacia normativa y eficacia personal limitada, alcanzado por tanto esta última únicamente a los trabajadores afiliados o asociados a las organizaciones que han suscrito el convenio (STC 121/2001) Sin embargo, la jurisprudencia ordinaria, si bien comparte esta última calificación al considerar que el convenio extraestatutario no puede establecer regulaciones que se extiendan al conjunto de trabajadores y empresarios de la unidad de negociación, disiente de la primera catalogación entendiendo que únicamente poseen eficacia contractual, de modo que son fuente colectiva de las obligaciones que en el mismo se establezcan pero no del Derecho del Trabajo (SSTS 14-12-1996 y 24-1-1997). Opta así la jurisprudencia por la tesis del mandato constitucional excluyente (art. 37.1 CE), conforme a la cual la garantía del derecho de negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios queda completada con el desarrollo de la misma en el ET, sin perjuicio de la admisibilidad legal de otros tipos de convenios colectivos que, sin embargo, no disponen de esa garantía.

La finalidad de los convenios extraestatutarios, aunque no cuenta con especificación normativa, de acuerdo con la regla común del artículo 1.255 CC puede comprender también la señalada para los de carácter estatutario, esto es, la regulación de las condiciones de trabajo y empleo, así como de las materias que afecten al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. Pero debe subrayarse que el alcance de este contenido ha de desenvolverse sin vocación de generalidad, es decir, ceñido a la eficacia personal limitada propia de estos instrumentos convencionales (STS 21-2-2006), lo que supone imposibilidad de regular materias «que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que excede de la negociación extraestatutaria» (SSTS 22-10-2013), como sucede, por ejemplo, con «todo lo relacionado con la clasificación profesional, la promoción profesional y la clasificación de las oficinas» (STS 1-6-2007).

c) Acuerdos colectivos asimilados

El derecho de negociación colectiva laboral conoce un tercer tipo de instrumentos negociales, que han de calificarse como acuerdos colectivos asimilados a los convenios estatutarios, ya que propiamente no lo son, diferenciándose de éstos en su función y, parcialmente, en su eficacia jurídica. El denominador común de estos acuerdos estriba en abarcar amplios ámbitos funcionales y territoriales de negociación, de carácter interprofesional o de sector de la actividad económica, lo que conlleva la exigencia de una singular legitimación de los sujetos negociadores. La norma estatutaria (art. 83 ET) cobija dos submodalidades de acuerdos colectivos asimilados: acuerdos interprofesionales y acuerdos sobre materias concretas.

Aunque ambos pertenecen conceptualmente a la categoría de los convenios colectivos, no pueden identificarse de forma plena con el convenio estatutario típico, pues de lo contrario carecería de sentido la regla que les atribuye el mismo tratamiento dispensado a los convenios colectivos (art. 83.3 ET). De esta asimilación legal a los convenios estatutarios deriva su eficacia normativa y personal general, aunque ambas estén moduladas en el supuesto de los acuerdos interprofesionales.

a') Acuerdos interprofesionales

Las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los niveles estatal y autonómico, así como las que cuenten con la legitimación representativa suficiente prevista en el ET, están habilitadas, mediante acuerdos interprofesionales para regular los aspectos estructurales que han de regir los convenios colectivos de ámbito más reducido sobre los que estos acuerdos se proyectan. La regulación de la estructura de la negociación colectiva en ámbitos inferiores puede comprender, si así se acuerda, las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito (art. 83.2 ET, redacción del RDL-MURNEC). En todo caso, se trata de un tipo de «convenio para convenir» o acuerdo marco, que, por ello, establece un marco convencional cuya finalidad reside en la regulación de reglas de estructura negocial para otros convenios de ámbito inferior, de forma que, al fijarlas, puede llevar a cabo, entre otras actuaciones, una determinada distribución de materias para dichos convenios, aunque su genérica función ordenadora le impide regular directamente tales materias (STS 5-3-2008).

Esa genérica función explica que los destinatarios inmediatos de los acuerdos interprofesionales no sean directamente los trabajadores y empresarios de los convenios de ámbito inferior, sino los sujetos que en su representación hayan negociado dichos acuerdos. De aquí que dichos acuerdos tengan una eficacia normativa condicionada para los trabajadores y empresarios de los convenios de ámbito inferior, dado que su activación exige incorporar las cláusulas del acuerdo interprofesional a dichos convenios, bien mediante la adhesión al acuerdo, bien mediante la expresa inserción de dichas cláusulas en los convenios (SSTS 16-11-1989 y 12-7-1991). De igual modo, la eficacia personal general sólo se logrará para estos convenios cuando la mencionada incorporación se haya formalizado. Como ejemplo de estos acuerdos puede citarse el AENC 12-14, que establece criterios en relación con el empleo y la negociación colectiva para el trienio 2012-2014.

En suma, la incorporación de las referidas cláusulas a los convenios de ámbitos inferior no es, en sí misma, obligada, pues depende, tanto de la pertenencia o no de los sujetos negociadores de estos últimos a las organizaciones que hayan celebrado el acuerdo interprofesional, como de la autonomía negocial colectiva de la que disponen tales sujetos en la negociación. Pero una vez acordada la incorporación, ésta ha de respetar en su integridad el contenido de las cláusulas del acuerdo marco objeto de la misma, sin posibilidad alguna de modificación.

b') Acuerdos sobre materias concretas

Con igual representatividad que la exigida para concertar acuerdos interprofesionales, las organizaciones sindicales y asociaciones patronales están también facultadas para negociar y celebrar acuerdos sobre materias concretas (art. 83.3 ET). Se diferencian de los acuerdos interprofesionales en dos aspectos. En primer lugar, aunque su alcance funcional y territorial es igual al asignado a los acuerdos interprofesionales, estos otros acuerdos tienen una finalidad reguladora más específica, ciñéndose a determinadas materias que las partes consideran de interés abordar de forma monográfica. En segundo término, su eficacia normativa y personal general es directa, no siendo necesario que un convenio colectivo de ámbito inferior acepte e incorpore su contenido. Ejemplos de esta clase de acuerdos pueden encontrarse en el ACV, cuya finalidad era evitar ausencias de regulación para aquellos sectores económicos en los que se habían derogado las OL, o en el ASEC V, que tiene por objeto el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo (extrajudicial) de conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas.

d) Acuerdos mixtos

En los convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, celebrados por los sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación exigida en el ET, pueden pactarse

asimismo cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva (art. 83.2.2.º ET en la redacción dada por el RDL-MURNEC). En consecuencia, estos convenios o acuerdos sectoriales presentan un carácter mixto, ya que abordan en un mismo instrumento contenidos relativos tanto a la estructura negocial, como a las condiciones de trabajo y empleo. Conceptualmente deben calificarse como un subtipo de convenio estatutario, por lo que, en principio, tienen la eficacia normativa y personal general atribuida a éste. No obstante, la coexistencia de esas dos clases de contenido en un único instrumento negocial obliga a diferenciar entre la eficacia condicionada de las cláusulas destinadas a la estructura negocial y la eficacia di-recta de aquellas otras que regulan condiciones de trabajo y empleo.

Aun cuando la ley no preveía expresamente esta posibilidad de convenios o acuerdos mixtos, la autonomía negocial colectiva y la libertad contractual que de la misma deriva han sido las principales razones esgrimidas por la doctrina científica y la jurisprudencia para afirmar la regularidad legal de estos acuerdos mixtos (SSTS 16-6-1989 y 16-11-1990). Doctrina hoy confirmada por la reforma del citado precepto estatutario mediante el artículo 1 del RDL-MURNEC.

e) Acuerdos de empresa

La quinta modalidad de convenios colectivos que el ordenamiento laboral admite, se refiere a los denominados acuerdos de empresa. La LRET vino a reforzar, mediante su ampliación, esta clase de acuerdos colectivos que, bajo diversas formas, cuentan sin duda con una añeja tradición en nuestro ordenamiento, bien que cumpliendo finalidades diferenciadas según el momento histórico que se considere. Caracteriza a estos acuerdos ceñir su perímetro de aplicación a la empresa, cualquiera que sea el ámbito funcional y territorial en el que la misma opere.

No existe criterio doctrinal pacífico sobre su eficacia normativa. Tampoco la doctrina judicial es unánime al respecto, pues ora les niega el carácter de normas, situándoles en un plano inferior a los convenios estatutarios (STSJ/Canarias de 27-9-2001 y 28-6-2003), ora les reconoce sin ambages fuerza vinculante (STSJ/Cataluña, de 1-6-1999 y STSJ/Madrid de 9-5-2005). En el plano conceptual, ha de afirmarse que todos ellos tienen eficacia normativa al ser producto del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocida y de la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ya que, a diferencia de los convenios extraestatutarios, su regulación se contempla directamente en normas laborales.

Por lo que se refiere a su eficacia personal general, está supeditada a que su negociación y celebración se lleven a cabo por sujetos colectivos, ya sea unitarios ya sindicales, dotados de la representatividad necesaria, exigencia sobre la legitimación negocial que no siempre aparece explícita en los distintos supuestos legales que habilitan para celebrarlos. Cumplido este requisito, ha de precisarse que la eficacia general de estos acuerdos comprende, desde luego, a todo el personal al que se aplican, pero teniendo en cuenta que no siempre han de aplicarse a todo el personal de la empresa (por ejemplo, acuerdo de suspensión del contrato de trabajo por causas económicas que afecta a un número determinado de trabajadores).

Los acuerdos de empresa pueden clasificarse conforme a la finalidad reguladora que cumplen. De este modo, es posible distinguir dos modalidades de acuerdos dichos: los acuerdos subsidiarios y los acuerdos autónomos.

a') Acuerdos subsidiarios

Su característica diferenciadora reside en que operan en defecto de convenio colectivo estatutario, con el que establecen, por consiguiente, una relación de supletoriedad y una paralela finalidad reguladora subsidiaria. Aunque algunos de ellos ya podían localizarse con anterioridad a la LRET, esta norma legal, con intención claramente adaptativa a las necesidades de la empresa, se encargó de revitalizar esta submodalidad, de la que, entre los principales, son expresión los acuerdos relativos a la clasificación profesional (art. 22.1 ET), al régimen de ascensos (art. 24.1 ET), al modelo de recibo del salario (art. 29.1 ET), a la fijación del mes en que haya de percibirse la segunda paga extraordinaria (art. 31 ET), a la distribución irregular

de la jornada a lo largo del año (art. 34.2 ET), a los períodos mínimos de descanso diario y semanal (art. 34.2 ET) o a la acomodación del número de representantes unitarios en la empresa a las disminuciones significativas de su plantilla (art. 67.1 ET).

b') Acuerdos autónomos

Su rasgo definitorio consiste en poseer habilitación legal para regular directamente una concreta materia, sin que, por tanto, queden supeditados a suplir la inexistencia del convenio estatutario. Este objetivo regulador directo puede llevarse a cabo bien de modo exclusivo, bien de forma alternativa con el convenio, en este último caso cuando así lo estimen oportuno los representantes de los trabajadores. Son los más numerosos entre los acuerdos de empresa. La LRET también reguló algunos de ellos, aunque en su mayoría son anteriores a esta norma. Responden a una doble clasificación: acuerdos de reorganización productiva y acuerdos sobre relaciones colectivas de trabajo.

1.º Acuerdos de reorganización productiva

La finalidad primaria de estos acuerdos estriba en someter el ejercicio de los poderes empresariales de dirección y organización del trabajo a ciertos procedimientos, a fin de que determinadas decisiones empresariales con incidencia sobre las condiciones de trabajo pactadas o fijadas unilateralmente por el empresario con efectos colectivos puedan ser negociadas con los representantes de los trabajadores con carácter previo a la adopción de la correspondiente decisión empresarial, posibilitándose así alcanzar el correspondiente acuerdo.

Sus principales manifestaciones se ubican en el ET y son consecuencia de la obligada apertura por parte del empresario de un período de consultas con los representantes de los trabajadores antes de adoptar la correspondiente decisión, cuando concurran determinadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o, en algunos supuestos, deriven de fuerza mayor: traslados colectivos (art. 40.2), modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, ya se trate de condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (art. 41.1, 2 y 4 ET), ya de condiciones de trabajo establecidas en convenio estatutario (art. 41.6 ET, suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada de trabajo (art. 47 ET), despidos colectivos [arts. 51 y 52.*c*) ET] o inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable que afecten a determinadas materias (art. 82.3 ET modificado por la LEMURMEL).

Los acuerdos alcanzados con esta finalidad de reestructuración tienen eficacia normativa. Su eficacia personal general requiere que los representantes de los trabajadores cuenten con la legitimación exigida en cada supuesto, que coincide con la general establecida para negociar convenios estatutarios o que se especifica por la norma en determinados casos de sustitución debida a la inexistencia de la representación legal de los traba-jadores.

2.º Acuerdos sobre relaciones colectivas de trabajo

El nexo común de estos acuerdos se encuentra en la afectación por los mismos a la esfera de las relaciones colectivas de trabajo. Las reglas que facultan para su negociación no sólo se ubican en el ET como sucede con los anteriores, sino que aparecen diseminadas en distintas normas laborales. Manifestaciones destacables de estos instrumentos negociales son el acuerdo de celebración de la asamblea de trabajadores durante la jornada de trabajo (art. 78.1 ET), el acuerdo que se alcance a través de los procedimientos previstos en convenio colectivo para resolver las discrepancias que surjan en los períodos de consultas establecidos para los acuerdos de reorganización productiva (art. 85.1 y Disp. Adic. 13.ª ET); el acuerdo de ampliación del número mínimo legal de delegados sindicales (art. 10.2 LOLS); los acuerdos logrados a

través de la mediación en conflictos colectivos de aplicación e interpretación de los convenios estatutarios (art. 91.2 ET), o los acuerdos de paz laboral, poniendo fin a una huelga (art. 8.2 RDLRT) o a un conflicto colectivo (arts. 24 DLRT y 154.1 LJS).

A estos dos últimos subtipos de acuerdos la norma legal y la jurisprudencia les asignan específicamente la misma eficacia jurídica que lo acordado en convenio estatutario, lo que significa que, aunque los acuerdos de paz alcanzados carezcan de la naturaleza propia de dicha clase de convenio, poseen eficacia normativa y personal general, aunque esta última la obtienen siempre que quienes hayan adoptado el acuerdo tengan la legitimación que les permita acordar un convenio estatutario (SSTS 2-11-1999 y 9-3-1998). Respecto de los restantes, su eficacia jurídica es normativa, pero su eficacia personal general depende, asimismo, de que los sujetos que los concierten, dispongan de la legitimación exigida para celebrar un convenio estatutario.

V. FUENTES SUPLETORIAS

1. La costumbre laboral

En el cuadro de las fuentes del Derecho del Trabajo, la costumbre es una fuente supletoria o *praeter legem* pero degradada. Su carácter supletorio deriva de que sólo rige en defecto de ley aplicable (art. 1.3 CC). Pero esta supletoriedad está debilitada ya que sólo es de primer grado en defecto de ley aplicable, entendiendo por ley en el plano laboral tanto las disposiciones legales y reglamentarias como las convencionales de carácter normativo [convenios estatutarios y asimilados; art. 3.1.*b*) ET]. Ese primer escalón supletorio desciende en el ordenamiento laboral al situarse la costumbre con un rango normativo inferior al contrato de trabajo (art. 3.4 ET), e incluso a las órdenes e instrucciones del empresario (art. 20.2 ET), de modo que la norma acostumbrada es dispositiva para la autonomía de la voluntad individual.

No obstante, esta posición jerárquica residual de la costumbre laboral se exceptúa cuando ésta cuente con una recepción o remisión expresa (art. 3.4 ET). Mediante la recepción de la norma acostumbrada en una norma legal o convencional la primera pierde su rango y pasa a ostentar el de la segunda a la que se incorpora. Por ejemplo, cláusula de un convenio que determina el rendimiento habitual para la percepción de un complemento del salario que antes se establecía en una costumbre laboral. La remisión expresa opera en sentido contrario a la recepción, pues en este caso es la norma legal (con más frecuencia) o la convencional la que remite a la costumbre laboral, de forma que ésta no ocupará ya el rango supletorio residual que le es propio, sino el que la norma remitente le asigne. Ejemplos de esta técnica remisiva son el plazo de preaviso en caso de dimisión del trabajador, que será el que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar [art. 49.1.*d*) ET], sin que aquí el contrato de trabajo pueda prevalecer respecto de esta última, o la fijación del tiempo de trabajo del personal de alta dirección, que ha de regirse por el contrato de trabajo siempre que en éste no se establezcan prestaciones para el trabajador que «excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente» (art. 7 DAD).

No debe confundirse esta técnica remisiva con la mera invocación por la norma legal de la costumbre laboral con eficacia tan sólo declarativa, limitándose, por tanto, a reiterar su regular posición supletoria residual (por ejemplo, art. 20.2 ET).

El paulatino incremento cuantitativo de normas laborales, y en especial de los convenios colectivos, explica la escasa aplicación de la costumbre laboral, a salvo de la también infrecuente remisión expresa a la misma por parte de aquéllas. Este relegamiento de la costumbre laboral encuentra también cumplida explicación, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho del Trabajo, en el superior fundamento democrático y constitucional de la ley y de los convenios colectivos respecto de la costumbre.

En el caso de que proceda aplicar la norma acostumbrada atendiendo a su posición jerárquica, la misma debe reunir aún ciertos requisitos para que pueda ser efectivamente aplicada.

1.º *De identificación*. Desde un prisma conceptual, la costumbre invocada como fuente del Derecho del Trabajo se refiere a aquella norma «creada e impuesta por el uso social» (De Castro), y fundada por ello en la convicción contrastable de que determinada conducta reiterada y uniforme obliga a los sujetos que se desenvuelven en un determinado ámbito de las relaciones sociales. En la calificación de la costumbre como fuente del Derecho del Trabajo se utilizan de forma indistinta los vocablos «usos y costumbres» (art. 3.4 ET), lo que significa que, en ese ámbito, dichos usos tienen carácter normativo y no meramente interpretativo de una declaración de voluntad, pues, dada la función hermenéutica que estos últimos desempeñan, no pueden conceptuarse como normas acostumbradas. La carencia de eficacia normativa de tales usos interpretativos no impide articular mecanismos reactivos frente a decisiones empresariales que, al amparo de usos de empresa, supongan conductas vulneradoras del principio de igualdad de trato en la práctica de tales usos, ofreciendo en tal caso el ordenamiento laboral mecanismos de tutela frente a estas prácticas, ya sean de reclamación individual de su nulidad (arts. 17.1 ET y 177.1 LJS), ya sea de activación del proceso de conflictos colectivos (art. 153.1 LJS).

2.º *De prueba*. El carácter de fuente no sólo supletoria sino secundaria de la costumbre determina que la máxima *iura novit curia* no rija para ella, lo que significa que quien la invoque en juicio ha de probar su existencia y seguimiento a fin de que pueda ser aplicada (art. 1.3 CC).

3.º *De licitud*. El ordenamiento común exige que la costumbre que haya de aplicarse con carácter supletorio no contradiga ni la moral ni el orden público (art. 1.3 CC), lo que también rige para la costumbre laboral. No obstante, debe subrayarse que este requisito parece actualmente ocioso porque la moral y el orden público jurídicamente exigibles han de estar reflejados en la ley o inducirse de la misma de forma racional a través de los PGD y, en primer término, encontrar acomodo en el orden constitucional, que surte a todas las ramas del derecho de los valores y principios que la propia Norma Fundamental acoge. De este modo, no cabría invocar una regla moral o de orden público como contrarias a la costumbre laboral y que no encontraran al tiempo su fundamento en dicha Norma.

4.º *De ubicación geográfica y de profesionalidad*. Exigencias específicas de la costumbre laboral determinan que la misma haya de ser local y profesional [art. 3.1.*d*) ET]. Estos requisitos suponen que la existencia y vigencia de la costumbre cuya aplicación se pretenda ha de producirse, conjuntamente, en la localidad en que esté situado el centro de trabajo y en el oficio o actividad profesional desempeñados, al margen del sector, ámbito de la actividad económica o empresa en que se realice la prestación laboral. El incumplimiento de estos requisitos cuando la costumbre opera como fuente supletoria de primer grado y resulta probada, puede determinar el despido del trabajador fundado en vulneración grave y culpable de la norma acostumbrada (STS 12-2-1986).

2. Los principios generales del Derecho

A) Funciones

Las funciones que cumplen los PGD en el marco del Derecho del Trabajo no son distintas de las que desempeña en el ordenamiento jurídico: función integradora y función informadora (art. 1.4 CC).

La función integradora opera como fuente supletoria del Derecho de segundo grado, en defecto de ley o de costumbre (art. 1.4.1.º CC). Su cometido es, por consiguiente, el de colmar o cubrir las lagunas de la norma legal, convencional, de las cláusulas del contrato de trabajo o de la norma consuetudinaria cuando ninguna de ellas dé respuesta a la cuestión jurídico-laboral suscitada. Por ejemplo, si el ordenamiento laboral no contempla ninguna norma legal, convencional, cláusula contractual, o norma consuetudinaria que resuelva un supuesto de enriquecimiento injusto por parte de alguno de los sujetos del contrato de trabajo, habrá que acudir al PGD que obliga a restituir cuando se produzca esta situación.

Una segunda función es la que deriva de «su carácter informador del ordenamiento jurídico» (art. 1.4, 2.ª cláusula, CC). Esta función informadora encierra, en realidad, una doble faceta.

Por una parte, una faceta directiva, en el sentido de que han de actuar en condición de criterios o guías para el legislador cuando éste encare una determinada regulación, lo que supone su incorporación a preceptos y reglas jurídicas aplicables, indirecta o directamente al trabajador. Por ejemplo, el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que también afecta al trabajador impidiendo, entre otras conductas, el acoso en el trabajo [art. 4.2.*e*) ET]; el principio de realización de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) o el principio de oralidad que rige el proceso laboral (art. 74 LJS).

Por otra parte, una faceta propiamente interpretativa de la norma que contenga el PGD y que haya de aplicarse a un determinado supuesto de hecho. Por ejemplo, para determinar si transgrede o no el principio general de buena fe plasmado en el artículo 54.2.*d*) ET como causa de despido disciplinario, la trabajadora que silencia su situación de embarazo en una entrevista de trabajo con el fin de obtener el empleo, que efectivamente obtiene.

Es preciso advertir que los PGD han de contar en todo caso con un soporte jurídico para que puedan cumplir las referidas funciones. Ello significa que su origen puede ser extralegal pero no extrajurídico, de forma que haya que localizarlos en reglas exclusivamente éticas, religiosas, culturales o de otra condición. En este sentido, para alegar con éxito la infracción de los PGD en el recurso de casación laboral es necesario que los mismos se plasmen en la ley, se induzcan de ella o se reconozcan por la jurisprudencia en su tarea de aplicar e interpretar las normas. El principio general de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige esta recepción por el Derecho, a fin de evitar la subjetividad y la arbitrariedad que, de no ser así, podría producirse. Este acogimiento jurídico no significa, desde luego, que los PGD no se funden de ordinario en reglas situadas extramuros del ordenamiento laboral, especialmente de índole ética, juzgadas necesarias por la conciencia social en la regulación por el Derecho del Trabajo de las relaciones laborales. Pero su identificación ha de realizarse, sin salvedad, en la esfera jurídica, de forma que las reglas extrajurídicas (éticas, culturales…) que se consideren precisas para obtener una regulación adecuada han de estar incorporadas a un PGD. Por ejemplo, en el despido disciplinario por drogadicción por muy inmoral que subjetivamente pueda considerarse esta adicción, si la misma no repercute negativamente en el trabajo [art. 54.2.*f*) ET] no puede fundar ninguna medida disciplinaria para el trabajador, ya que, de no ser así, la conducta del empleador vulneraria el principio de no discriminación en las relaciones laborales (arts. 14 CE y 17.1 ET).

B) Delimitación

Los PGD deben diferenciarse de dos clases de principios especiales que únicamente se desenvuelven en el ámbito del ordenamiento laboral.

De un lado, de los principios reguladores e informadores del Derecho del Trabajo, que, cumplen también aquí la doble faceta directiva e interpretativa propia de los PGD. Por ejemplo, el principio de estabilidad en el empleo, como derivación necesaria de derecho al trabajo (art. 35.1 CE), debe desempeñar un papel relevante a la hora de determinar la concurrencia de las causas que pueden determinar la extinción del contrato de trabajo por la vía del despido colectivo (art. 51 ET) y bajo cuya directriz deben interpretarse.

De otro, de los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, cuyo específico cometido es el de servir de criterios para guiar la tarea de determinación de la norma laboral en distintos supuestos acordes con las diversas funciones que tales principios tienen encomendadas, lo que, por lo demás, suele implicar también una labor hermenéutica indisociable de aquella otra (Capítulo 3).

3. El Derecho común supletorio

El uso de la técnica de la supletoriedad para determinar la fuente del Derecho aplicable está tradicionalmente consolidada en nuestro ordenamiento. El ordenamiento laboral debe acudir a ella con relativa frecuencia a través de distintas vías. En primer lugar, la remisión supletoria se realiza al *ordenamiento común*

privado. Tal remisión puede llevarse a cabo de dos formas: genérica y específica. La *remisión genérica* se utiliza cuando la supletoriedad no se efectúa a una institución o fuente concreta sino a otros sectores del ordenamiento. En el ordenamiento laboral este tipo de remisión tiene lugar en relación con las normas sustantivas y con las procesales. El paradigma de las primeras se encuentra en la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil en aquellos aspectos del ordenamiento laboral que no cuenten con regulación específica (art. 4.3 CC), como puede ser, a guisa de ejemplo, en materia de elementos esenciales del contrato de trabajo o del convenio colectivo. Arquetipo de las segundas es la aplicación supletoria de la LEC en todo lo no previsto en la LJS (art. 4 LEC y Disp. Final 4.ª LJS). La *remisión específica* supone que la aplicación supletoria se efectúa respecto de una fuente concreta del Derecho, como es el caso, ya estudiado, de la costumbre y de los PGD. De estas clases de remisiones debe distinguirse la *remisión complementaria*, que es la utilizada por la norma laboral cuando ésta no acude al mecanismo supletorio genérico o específico en defecto de la misma, sino que remite directamente a la norma extralaboral. Un ejemplo de este tipo de remisión lo brinda la que efectúa el artículo 7.*a*) ET al remitir directamente al Código Civil la determinación de la plena capacidad de obrar para poder celebrar el contrato de trabajo como trabajador.

En segundo término, se acude supletoriamente al *ordenamiento común público*. La *remisión* tiene en este caso únicamente *carácter específico* y se produce en determinados supuestos de intervención de la Administración Laboral en las relaciones de trabajo. Tal sucede, por ejemplo, en materia de infracciones y sanciones del orden social, para las que rige supletoriamente el procedimiento sancionador establecido en la LRJPAC (art. 51.2 LISOS y Disp. Adic. 7.ª LRJPAC). También aquí es necesario diferenciar esta remisión supletoria de la *remisión complementaria*, cuyo sentido remisivo es igualmente directo, de forma específica, a una determinada materia o aspecto de la misma. Es el supuesto, a modo de ejemplo, del procedimiento de recurso de alzada contra las resoluciones de los expedientes administrativos de regulación de empleo, para cuya tramitación la norma laboral remite de forma directa a lo dispuesto en el Título VII, capítulo II, sección II de la LRJPAC (art. 20.2 RDREM).

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que la remisión supletoria debe entenderse efectuada al Derecho especial de las CCAA, ya sea a su ordenamiento privado o público, en el caso de que tales instituciones cuenten con competencias en determinadas materias y las hayan ejercido. Tal es el caso de la CA de Cataluña, cuyo ordenamiento civil y administrativo se aplica supletoriamente y con preferencia al Derecho estatal, sin perjuicio de las competencias constitucionales reservadas al Estado y de que, en determinados supuestos, pueda entrar en juego la cláusula general supletoria que a favor de éste establece el artículo 149.3 CE.

Junto a esta supletoriedad, existe una aplicación integradora del Derecho autonómico respecto del estatal que opera sin necesidad de que la norma autonómica efectúe una remisión expresa y supletoria a aquel otro. A modo de ejemplo, algunas de las condiciones requeridas para la adopción y establecidas en los artículos 235.30 y 235.32 y 235.33 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, resultan aplicables en ese territorio a fin de integrar las disposiciones del CC en esta materia (arts. 175 ss.), lo que debe tenerse en cuenta porque la adopción es una figura jurídica que el ordenamiento laboral considera a determinados efectos (por ejemplo, derecho a la excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años, ya lo sea por naturaleza, adopción o acogimiento: art. 46.3 ET).

VI. FUENTES INDIRECTAS

1. La jurisprudencia como fuente indirecta del Derecho del Trabajo

La separación de poderes consustancial al nuevo Estado surgido de la Revolución Francesa implicará una neta división de funciones entre la creación y aplicación de las normas, encomendada la primera a los par-

lamentos y distribuida la segunda entre la Administración Pública, con un cometido estrictamente ejecutivo, y la Jurisdicción, cuya función ha de limitarse tan sólo a aplicar e interpretar las normas. De aquí que se niegue a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho, ya que, en un Estado democrático, la potestad jurisdiccional, que se ejerce «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», es tarea privativa de «los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» (arts. 117.3 CE y 2.1 LOPJ), quienes «no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (arts. 117.4 CE y 2.2 LOPJ), sin que, en consecuencia, estos órganos puedan suplantar de ningún modo a los poderes ejecutivo y legislativo.

La certeza de lo anterior no impide, sin embargo, considerar que la jurisprudencia, sin llegar desde luego a crear la norma, contribuye de distintas formas a su cabal entendimiento y a su aplicación o inaplicación, siendo en este sentido admisible calificarla como fuente indirecta del Derecho en general y del Derecho del Trabajo particularmente. Esta calificación deriva de las funciones que la jurisprudencia tienen confiadas: la función interpretativa, la función depuradora y la función unificadora, entre las que existe una estrecha relación.

Estas funciones deben estudiarse teniendo en cuenta los distintos tipos de jurisprudencia que es necesario distinguir: la jurisprudencia ordinaria del TS, la jurisprudencia constitucional del TC y la jurisprudencia comunitaria emanada del TJCE, hoy TJUE. Ciertamente, la legislación vigente no califica como jurisprudencia a las resoluciones del TC y del TJCE, reservando formalmente tal denominación para la que emana del TS y sin que la misma deba entenderse ampliada por la inexacta alusión a «la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales» que contempla el artículo 477.3 LEC, ya que este precepto no ha modificado lo dispuesto al efecto en el artículo 1.6 CC. Pero este silencio legal no significa que las sentencias del TC y del TJCE no puedan encajar en la noción comúnmente aceptada por la doctrina como jurisprudencia, si se considera que, en la práctica, dichas resoluciones también participan del desempeño de las mencionadas funciones tradicionalmente atribuidas a la jurisprudencia ordinaria.

2. Funciones de la jurisprudencia en el ámbito del Derecho del Trabajo

A) Función interpretativa

A la función interpretativa de la jurisprudencia ordinaria se refiere de forma exclusiva el artículo 1.6 CC señalando que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». El cometido de complemento que este precepto asigna a la jurisprudencia se centra en la indispensable función interpretativa que a su través se desarrolla. Tal interpretación no se limita aquí a realizar una mecánica subsunción del supuesto de hecho en la norma, sino que, previamente, debe desentrañar el significado que ésta encierra. Esta tarea no supone, ni podría suponer, creación de una nueva norma asumiendo la posición del legislador. Pero sí lleva aparejada, dentro de los cánones hermenéuticos legalmente establecidos, la atribución de su sentido, que, al incorporarse a la norma interpretada, produce una norma no modificada en su literalidad pero clarificada y enriquecida en su significación. De aquí que, desde la óptica de esta función interpretativa, pueda predicarse de la jurisprudencia ordinaria su carácter de fuente indirecta del Derecho, y, por ende, del Derecho del Trabajo.

La función interpretativa no es patrimonio exclusivo del TS. El TC también la desempeña en su ámbito jurisdiccional, como lo evidencia la norma con indudable claridad expresiva, en cuanto que, en su condición de órgano constitucional único en su orden, aquél está configurado como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LO 2/1979) y órgano superior «en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Por su parte, la función interpretativa del TJUE es consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional que tiene encomendada en su calidad de «garante del respeto del Derecho en la interpre-

tación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE), así como de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE).

B) Función depuradora

La consideración de la jurisprudencia como fuente indirecta del Derecho y del ordenamiento laboral puede sostenerse asimismo, y probablemente con mayor seguridad, desde el prisma de la función depuradora que aquélla desempeña. Esta función no está desligada de la interpretativa. Por el contrario, su ejercicio mediante el conocimiento y resolución de determinados recursos y procesos de control de constitucionalidad de las leyes o de las normas con fuerza de ley, exige de modo necesario realizar la previa interpretación de las normas que se someten a su enjuiciamiento. Pero esta función profiláctica va más allá de la actividad interpretativa, determinando, según la clase de jurisprudencia que se considere, no sólo el correcto entendimiento de la norma, sino, con cierta frecuencia, las consecuencias aparejadas a su significado en orden, bien a corregir su sentido (actuando así como legislador positivo), bien a rechazar su presencia en el ordenamiento expulsándola total o parcialmente del mismo (operando en este caso como legislador negativo). No es inusual, sin embargo, que ambas funciones puedan concurrir en un mismo precepto o preceptos.

En el terreno de la jurisprudencia ordinaria, la función depuradora se expresa en su máximo nivel a través del recurso de casación laboral ordinario del que conoce el TS. Uno de los motivos que lo fundamentan estriba en la «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» [art. 207.*e*) LJS]. Ello revela que la jurisprudencia, sin ostentar el estatuto de norma, es algo más que un mero complemento de ésta, puesto que, al permitir que su infracción abra el acceso a la casación ordinaria y la consiguiente depuración del ordenamiento, se está incorporando a la misma una dimensión paranormativa, asimilada a la norma aunque sin participar de su naturaleza.

Ejemplo paradigmático de esta función depuradora lo encontramos en la casación ordinaria respecto de los procesos de conflicto colectivo [Capítulo 26, III, 2, C)], en los que la sentencia afecta a un grupo genérico de trabajadores. Hay que tener en cuenta que en estos procesos las sentencias firmes de los TSJ producen «efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél» (art. 160.5 LJS), lo que significa que la interpretación realizada en la sentencia de instancia que resuelve el proceso de conflicto colectivo se extiende a los conflictos individuales ya planteados o de posterior planteamiento ante el órgano judicial competente y en los que haya de aplicarse la norma objeto de interpretación por la sentencia colectiva, asemejándose así esta clase de sentencias a la fuerza vinculante que posee dicha norma. Cuando la sentencia del TSJ no ha adquirido firmeza, se recurre en casación y el TS la confirma, esta resolución también produce los referidos efectos de cosa juzgada.

Por otra parte, mediante los procesos de control de constitucionalidad de las leyes o de normas con fuerza de ley (recurso y cuestión de inconstitucionalidad, así como el control previo de los tratados internacionales, excepto las normas del Derecho Comunitario Europeo que competen al TJUE de acuerdo con la STC 64/1991), el TC actúa la función depuradora como legislador negativo o positivo, pudiendo considerarse en este sentido su jurisprudencia como fuente indirecta del Derecho. Por vía negativa esta consideración se funda en las consecuencias aparejadas a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, a las que se atribuyen «plenos efectos frente a todos» (art. 164.1 CE), lo que significa que, junto a su valor de cosa juzgada, «vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» (art. 38.1 LOTC). Se asigna así a estas sentencias un efecto anulatorio semejante, aunque no igual, al que produce la derogación de una ley. Por vía positiva, las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, sin declarar

la inconstitucionalidad de una norma o de un precepto, salvan esa declaración concretando la interpretación de los mismos que resulta conforme con la CE (por ejemplo, la STC 98/1985 sobre la LOLS).

Participa asimismo de la función depuradora el TJUE, señaladamente mediante el recurso de nulidad cuyo objeto versa sobre recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder (art. 263 TFUE). La sentencia que lo resuelva puede declarar «nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado» (art. 264 TFUE), con efectos de cosa juzgada y consecuente oponibilidad *erga omnes* de la misma.

C) *Función unificadora*

Valiéndose también de la interpretación, la jurisprudencia desempeña una importante función unificadora a fin de homogeneizar los criterios de aplicación e interpretación del ordenamiento derivados de la pluralidad de órganos que actúan en los distintos órdenes y ámbitos jurisdiccionales.

En la esfera laboral, esa función unificadora está encomendada al recurso de casación para la unificación de doctrina, del que conoce la Sala cuarta del TS (Capítulo 27, III, 3). Su finalidad se dirige a la unificación de doctrina de las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ, cuando éstas bien se contradigan entre sí, bien lo hagan con la de otra u otras Salas de los mismos, o bien con las de la Sala cuarta del TS (arts. 218 y 219 LJS). Bajo determinados requisitos, el objetivo unificador se consigue cuando la sentencia del TS declara la quiebra de la unidad de la doctrina judicial (nótese: no de la jurisprudencia pues las Salas de los TSJ no la crean) anulando la sentencia impugnada y resolviendo el debate «con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina», que afectarán a las situaciones jurídicas particulares creadas por dicha sentencia pero no a las generadas por las resoluciones precedentes (art. 228.2 LJS).

En el orden constitucional, la función unificadora aparece integrada en el principio de interpretación conforme a la Constitución. Dirigido a los órganos judiciales del Estado, el principio les obliga a interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (art. 5.1 LOPJ). Alcanza así la jurisprudencia constitucional un valor cuasi normativo para la jurisdicción ordinaria, incluyendo la jurisprudencia que de la misma emane, dado que los órganos judiciales han de interpretar la CE con arreglo a las resoluciones que sobre la misma haya adoptado el TC.

La función unificadora de la jurisprudencia del TJUE respecto de los órganos judiciales de los Estados miembros, se expresa de forma notoria en el recurso prejudicial, de modo que, junto a la interpretación del Derecho comunitario, en nuestro caso el de carácter laboral, ese Tribunal se pronuncia sobre la validez o no de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión [arts. 19.3.*b*) TUE y 267.*b*) TFUE]. Este juicio de validez, que corre paralelo con la necesaria tarea interpretativa, sienta las bases de las que deben partir los órganos judiciales de los Estados miembros a la hora de aplicar el referido ordenamiento, lo que confiere una dimensión cuasinormativa a la jurisprudencia comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

I. Poderes normativos y normas laborales

Alonso Olea, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, 1982.

García Murcia, J. (coord.): *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, 2007.

Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento social*, Madrid, 1996.

Pérez-Luño, A. E.: «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos humanos», en Olivas, E.: *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, 1991.

Sala Franco, T.: «Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones paran un debate», en AAVV: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.

II. Fuentes estatales y supraestatales

Acosta Estévez, J. B.: *El sistema jurídico de la organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, Barcelona, 1997.

Alarcón Caracuel, M. R.: «Estado social y Derecho del Trabajo», en Alarcón Caracuel, M. R. (coord.): *Constitución y Deercho del Trabajo: 1981-1001. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1992.

Alzaga Ruiz, I.: *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Pamplona, 2009.

Arias Domínguez, A.: *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Murcia, 2002.

Casas Baamonde, M. E.: «Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional», *RL*, 1985-I.

Casas Baamonde, M. E.; Baylos Grau, A., y Escudero Rodríguez, R.: «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después», *RL*, 1990-I.

De Otto Pardo, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.

García-Pelayo, M.: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en Ramírez, M. (ed.): *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979.

López López, J.: *Marco autonómico de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, 1993.

Martín Valverde, A.: «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, n.º 33/1998.

Palomeque López, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, 1991.

Rodríguez-Piñero, M.: «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, n.º 118/1978.

— «La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo», en AAVV: *El trabajo en la Constitución*. (II Coloquio sobre Relaciones Laborales), Zaragoza, 1982.

Valdés Dal-Ré, F.: «El lugar del reglamento en el ordenamiento laboral», *Relaciones Laborales*, n.º 19 y 22/1990.

III. Fuentes profesionales: los convenios colectivos

AAVV: *La eficacia de los convenios colectivos*. (XIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Madrid, 2003.

Borrajo Dacruz, E.: «Obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo», en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Madrid, 1980.

Casas Baamonde, M. E.: «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», *RL*, n.º 4/1997.

Correa Carrasco, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, 1997.

De Rey Guanter, S.: «Los convenios colectivos de franja», *REDT*, n.º 17/1984.

Elorza Herrero, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 2000.

Escudero Rodríguez, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en Valdés Dal-Ré, F. (dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, p. 55.

Escribano Gutiérrez, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000.

Fernández López, M. F.: «El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I y II)», *AL*, n.os 6 y 7/1995.

Galiana Moreno, J. M.: «La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del trabajo», en AAVV: *La eficacia de los convenios colectivos*, Madrid, 2003.

García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, 1998.

García-Perrote Escartín, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

Lahera Forteza, J.: «La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español», *RL*, n.º 1/2008.

Martínez Abascal, V. A.: «La eficacia de los convenios estatutarios en el marco de la reforma laboral», *CJ*, n.º 37/1996.

Quintanilla Navarro, R. Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, 1998.

Rodríguez-Piñero, M.: «El valor cuasi legal de los convenios colectivos», *RL*, n.º 6/1987.

Sala Franco, T.; Alfonso Mellado, C. L., y Pedradas Moreno, A.: *Acuerdos y pactos de empresa*, Valencia, 1996.

Valdés Dal-Ré, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, 1988.

— «Eficacia jurídica de los convenios colectivos: perspectiva constitucional (I y II)», *RL*, n.os 22 y 23/2005.

IV. Fuentes supletorias e indirectas

Alonso Olea, M.: «El modelo constitucional de relaciones de trabajo y las decisiones del Tribunal Constitucional», en AAVV: *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, 1983.

Casas Baamonde, M. E.: «Jurisprudencia constitucional», en Sempere Navarro, A. V.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Aguilera Izquierdo, R.: *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Madrid, 2009.

Ferrando García, F.: «Costumbre laboral», en Sempere Navarro, A. V.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Aguilera Izquierdo, R.: *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Madrid, 2009.

Martín Valverde, A.: «Jurisdicción social», en Sempere Navarro, A. V.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Aguilera Izquierdo, R.: *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Madrid, 2009.

Martínez Abascal, V. A.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1991-1993)», *NUE*, n.º 132/1996.

Rojo Torrecilla, E.: «La influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en el Derecho del Trabajo», en AAVV: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.

Sempere Navarro, A.V.: «Notas sobre la costumbre laboral», *REDT*, n.º 10/1982.

CAPÍTULO 3: APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES

I. APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES: PRINCIPIOS

Al igual que sucede en otros sectores del Derecho positivo, en el Derecho del Trabajo una de las tareas primordiales y primarias a la que se enfrenta el jurista es la de determinar la norma aplicable. Bajo la esencial finalidad protectora del trabajo asalariado, ya sea en el plano individual ya sea en el colectivo, esa tarea se facilita mediante una serie de principios aplicativos, propios de esta disciplina jurídica. Tales principios operan en distintos supuestos, ya sea para establecer la norma o normas laborales que han de ser aplicadas, ya sea para determinar las disposiciones normativas que reconocen derechos indisponibles. A estos efectos, se proporcionan ciertos criterios jurídicos moduladores de las reglas que, en esta esfera aplicativa, rigen en el ordenamiento común.

Los supuestos en que actúan los principios de aplicación de las normas laborales obedecen a las distintas funciones que éstos tienen encomendadas. En unos casos, la función de los principios es preventiva en relación con supuestos de concurrencia de normas, ya sea la misma no conflictiva (principio de norma mínima), ya sea conflictiva (principio de norma más favorable). En otros casos, la función asumida por los principios es de preservación de ciertas situaciones jurídicas del trabajador, función que se manifiesta en dos supuestos. De un lado, en el supuesto de sucesión normativa, que exige establecer el alcance aplicativo de la norma vigente para el trabajador como consecuencia del obligado mantenimiento de ciertas condiciones de trabajo (principio de condición más beneficiosa). De otra parte, en el supuesto de pluralidad normativa, que requiere determinar las disposiciones legales o convencionales en cuya virtud se establecen ciertos derechos del trabajador a fin de evitar que éste pueda disponer válidamente de los mismos (principio de indisponibilidad de derechos).

Estos principios aplicativos especiales deben ser diferenciados de los principios generales del Derecho, pues éstos, además de actuar como fuente supletoria de segundo grado del ordenamiento, establecen criterios de interpretación de las normas jurídicas con eficacia general. Por el contrario, y como ya se señaló en su momento (Capítulo 2, V, 2, B), los primeros conforman criterios, no de interpretación, sino de determinación y consiguiente aplicación de las normas laborales, aunque no quepa desconocer que la misma ha de estar acompañada con frecuencia de una necesaria tarea interpretativa.

1. Concurrencia y determinación normativas: principios de jerarquía normativa, de norma mínima y de norma más favorable

A) Principio de jerarquía normativa

La concurrencia de una pluralidad de normas aplicables a un determinado supuesto se solventa en materia laboral acudiendo inicialmente al principio de jerarquía normativa en sentido formal o estático, en cuya virtud las normas se ordenan y aplican con arreglo a su rango jerárquico. Atendiendo únicamente a este principio, el ordenamiento laboral se estructura del siguiente modo.

1.º Las disposiciones aplicables del Derecho Social de la UE, lo que incluye:

a) El derecho originario: los Tratados fundacionales o constitutivos de las Comunidades Europeas, los Tratados modificativos de éstos y los sucesivos Acuerdos de adhesión de los Estados miembros.

b) Las normas del Derecho derivado que resultan directamente aplicables para los Estados miembros de la UE. En rigor ello sucede únicamente con los Reglamentos comunitarios, que gozan de aplicabilidad directa en el Estado miembro una vez publicados en el *DOCE* (art. 189 TCE), por lo que poseen vigencia en el ordenamiento interno sin necesidad de una norma nacional de desarrollo.

Debe recordarse que las Directivas, en términos generales, no son directamente aplicables, pues son normas obligatorias en cuanto al resultado a alcanzar por los Estados miembros, dejando a éstos la determinación de la forma y los medios para obtener dicho resultado (art. 189 TCE). Sin embargo, el TJUE admite excepcionalmente la aplicabilidad directa de las Directivas cuando éstas contengan una regulación incondicional y autosuficiente, susceptible de ser aplicada por los Tribunales y cuando en la misma se haya fijado un plazo para adaptar el ordenamiento estatal al comunitario y el Estado o no haya hecho la adaptación o la haya hecho contradiciendo el contenido de la propia Directiva.

2.º La Constitución. De acuerdo con los principios de vinculación directa y jerarquía normativa contemplados en los artículos 9.1 y 9.3 de la misma.

3.º Los tratados y convenios internacionales celebrados por el Estado español y publicados oficialmente. Su posición jerárquica es infraconstitucional pero supralegal. De un lado, se sitúan por debajo de la CE, según lo dispuesto, *a sensu contrario* en el artículo 95.1 CE: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Pero, de otra parte, ocupan un lugar prioritario respecto de la legislación ordinaria. Ello resulta de lo preceptuado en el artículo 96.1 CE, que tácitamente establece la inderogabilidad del tratado o del convenio internacional por la legislación interna infraconstitucional, al prever que las disposiciones de dichos instrumentos internacionales sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales el Derecho internacional (Convención de Viena de 1969).

4.º Las normas con rango de ley [art. 3.1.*a*) ET]. Ya se trate de leyes formales (orgánicas y ordinarias: no se sitúan propiamente en distintos planos jerárquicos, sino que se diferencian por el principio de especialidad, según SSTC de 13-2-1981 y 6-11-1986; si bien la ley orgánica puede remitir su desarrollo a la ley ordinaria, de acuerdo con STC 137/1986); ya de leyes materiales (decretos legislativos o decretos leyes: arts. 85 y 86 CE).

5.º Las normas reglamentarias [arts. 3.1.*a*) y 3.2 ET], ordenadas entre sí de acuerdo con el rango jerárquico establecido en la ley (art. 51.3 LRJPAC).

6.º Los convenios colectivos [art. 3.1.*b*) ET]. Se subordinan a las leyes y a los reglamentos, aunque, como se verá, esta subordinación modula la jerarquía normativa formal o estática. Pero la inexistencia de convenio colectivo estatutario en un sector de la actividad económica y un ámbito territorial determinado, habilita al Gobierno del Estado, con carácter excepcional y subsidiario, para regular las condiciones de trabajo por rama de la actividad, mediante normas reglamentarias sectoriales (Ordenanzas de necesidad: Disp. Adic. 7.ª ET).

Por otra parte, reténgase que los convenios colectivos estatutarios no se ordenan entre sí, en términos generales, según el principio de jerarquía, sino de acuerdo con el principio de especialidad, que suele coincidir con el convenio de menor ámbito funcional y personal, salvo que la ley establezca otro criterio de ordenación (por ejemplo, la preferencia que se reconoce a los convenios colectivos sectoriales respecto de los de ámbito inferior a fin de que puedan modificar la duración máxima del contrato de trabajo para trabajos eventuales, así como el período de referencia máximo dentro del que se pueden concertar: art. 15, 1, b) ET y Capítulo 6, I, 1, C).

7.º La costumbre laboral, local y profesional [art. 3.1.*d*) ET]. Fuente supletoria de primer grado (art. 1.3 CC), que en Derecho del trabajo presenta un carácter residual al situarse tras las disposiciones legales, reglamentarias, convencionales y contractuales.

8.º Los principios generales del Derecho (art. 1.4 CC), en cuanto aparecen positivizados en la norma, se induzcan de ella o se reconozcan en la misma por la jurisprudencia al aplicarla e interpretarla. Fuera de ese supuesto, sólo actúan como criterios interpretativos a través de la equidad judicial (recogidos por la jurisprudencia) y en cuanto fuente supletoria de segundo grado (invocables en defecto de ley o costumbre).

Esta jerarquía normativa general o estatal se aplica también a las disposiciones dictadas por las CCAA, pero con la importante singularidad de que, en su aplicación, las normas estatales no pueden desconocer el principio de competencia que rige constitucional y estatutariamente para dichos entes territoriales. En este ámbito autonómico se reproduce la anterior jerarquía normativa formal (arts. 9.1 y 9.3 CE). Por lo demás, recuérdese que, en materia laboral, la competencia autonómica se ciñe, como ya se dijo, al ámbito ejecutivo de la legislación laboral estatal y sin perjuicio de que las Autonomías puedan ostentar competencias legislativas compartidas en dicha materia de conformidad con habilitación expresa de las Cortes Generales (art. 150.1 CE). Ley habilitadora en la que han de establecerse los principios, bases y directrices a los que deberá sujetarse la norma legal autonómica.

Si se siguiera únicamente la anterior estructura derivada del rango formal de las normas, los convenios colectivos tendrían una aplicación muy reducida dado la desfavorable posición que éstos ocupan en esa ordenación jerárquica formal, lo que no se acomodaría a la función normativa que constitucionalmente les corresponde y comportaría en la práctica múltiples obstáculos en perjuicio del funcionamiento ordinario de las empresas y de las relaciones laborales. Para evitar esas consecuencias, el ordenamiento laboral modula el principio de jerarquía normativa formal, mediante los principios de norma mínima y de norma más favorable. Constituyen éstos singulares principios de ordenación jerárquica, dado que no se estructuran únicamente en relación con el rango de la norma, sino respecto de su contenido. El principio de norma mínima actúa previniendo la concurrencia conflictiva entre normas laborales, sin que por tanto dicho conflicto llegue a materializarse. A diferencia del anterior, el principio de norma más favorable opera ante situaciones de concurrencia conflictiva entre aquellas normas, aunque no por ello deja de cumplir una función preventiva.

B) Principio de norma mínima

a) Concepto

De acuerdo con este principio, cada norma laboral tiene un contenido mínimo que las de inferior rango, conforme a la jerarquía normativa formal, deben respetar y que los contratos de trabajo no pueden tampoco desconocer. Esto supone que las reglas contempladas en las normas de rango superior con el carácter de derecho necesario son inderogables para las inferiores o para la relación individual de trabajo, bien en cualquier sentido, bien en perjuicio del trabajador. No existe por tanto concurrencia conflictiva de normas laborales, pues el principio que se examina las estructura jerárquicamente, aunque en forma peculiar.

b) Alcance

Así configurado, el alcance del contenido mínimo de las normas laborales propio de este principio se delimita por el significado que se atribuya al derecho necesario en el ordenamiento laboral, lo que equivale a determinar el grado de imperatividad de las normas de esta naturaleza. En ese ordenamiento, el derecho necesario no es una noción unívoca, sino que su contenido remite a una triple distinción: el derecho necesario absoluto, el derecho necesario relativo y los máximos de derecho necesario.

a') El *derecho necesario absoluto* está integrado por preceptos estatales (legales y reglamentarios) intangibles para la negociación colectiva (art. 85.1 ET) y para las estipulaciones del contrato de trabajo [art. 3.1.*c*) ET]. Estos preceptos no admiten ningún tipo de modificación por la norma inferior o por el pacto individual, ya sea de mejora, ya de desventaja para el trabajador, dado que regulan estructuras institucionales del ordenamiento laboral respecto de las cuales las normas laborales de rango inferior y las estipulaciones contractuales carecen por completo de posibilidad normadora o reguladora. La determinación de este derecho necesario absoluto supone la exclusión y consecuente reserva normativa por parte de la norma estatal. Reserva que, en unos casos, presenta una forma tácita, regulando una materia laboral sin dejar espacio alguno para la actuación de la negociación colectiva (por ejemplo, las garantías del salario o el proceso laboral), y, en otros, reviste una forma expresa (por ejemplo, atribuyendo con carácter privativo a la Ley la regulación de las exclusiones, reservas y preferencias para la contratación laboral: art. 17.2 ET).

b') A diferencia del anterior, el *derecho necesario relativo* abre la puerta a una singularidad frecuente en la esfera aplicativa del ordenamiento laboral y en cuya virtud la norma superior autoriza a la inferior para introducir derogaciones meliorativas en el contenido de la primera, que se configura de este modo como relativamente inderogable o parcialmente disponible. Esto supone, en el caso más frecuente, que entre la norma estatal y el convenio colectivo se establece una relación de suplementariedad. El convenio respeta la jerarquía normativa formal de la norma superior, pero lo hace introduciendo al tiempo una jerarquía normativa material, sobrepasando al alza su contenido mínimo y cumpliendo así con su previsión, ya que es la propia norma superior la que autoriza, implícita o explícitamente, su mejora mediante el convenio colectivo o por el cauce del contrato de trabajo, pues las estipulaciones que este último contenga no pueden ser menos favorables que los mínimos de derecho necesario relativo contemplados en las disposiciones estatales y los convenios colectivos [art. 3.1.*c*) ET]. A modo de ejemplo, el convenio o el contrato de trabajo pueden establecer una jornada de trabajo de menor duración que la legal o convencionalmente fijada (art. 34.1 ET).

La relación de suplementariedad está también presente entre la norma supraestatal y la estatal cuando la primera establece expresamente su carácter mínimo —total o parcialmente— y por tanto mejorable, respecto de la se-gunda (por ejemplo, art. 18.8 Constitución de la OIT, art. 32 de la CSE o el art. 8 de la Directiva 2000/78/CE sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación). No existe aquí renuncia por parte de la norma supraestatal a su primacía sobre la interna (art. 96.1 CE), sino precisamente observancia estricta de esa preeminencia al ser la propia norma supraestatal la que, en virtud de su superior posición jerárquica, se autocalifica como mínima relativa.

Los mínimos de derecho necesario pueden generar, asimismo, una relación de complementariedad, obediente en este caso al principio de jerarquía normativa formal, de suerte que la norma superior remite a la inferior a fin de que ésta desarrolle y especifique los criterios generales que aquélla establezca. El paradigma de esta relación tiene lugar entre la ley y el reglamento laborales (por ejemplo, en la regulación de ciertas modalidades de contratos de trabajo de duración determinada: art. 15 ET y RCT). Pero también es cada vez más frecuente que la ley encomiende al convenio colectivo la especificación de determinada materia a partir de las directrices que la propia norma legal establece (por ejemplo, la fijación de la cuantía de las gratificaciones extraordinarias: art. 31 ET).

De la suplementariedad propia del derecho necesario relativo ha de distinguirse la relación de supletoriedad. Esta relación puede apreciarse tanto entre distintos ordenamientos (por ejemplo, en determinados supuestos el ordenamiento común es supletorio del laboral) como en el marco de un mismo ordena-

miento. En este último, la ordenación normativa en la regulación de una misma materia laboral se resuelve por la norma superior dando paso preferente a la norma inferior y aplicando supletoriamente la primera en el caso de que la segunda se abstenga de regular. El principio de jerarquía normativa formal sigue respetándose, dado que es la norma superior la que gobierna la relación internormativa. La diferencia muy notable con la suplementariedad consiste en que la supletoriedad suele autorizar a la norma inferior para regular meliorativa o peyorativamente la concreta materia de que se trate. Por ejemplo, los convenios colectivos pueden regular el porcentaje máximo de horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial superando el máximo fijado en la ley (art. 12.5 ET), o la duración del período de prueba (art. 14.1 ET). En defecto de esa regulación convencional, se aplica la contenida en la norma estatal autorizante. Desde la perspectiva de la tutela de los derechos e intereses del trabajador, la relación de supletoriedad implica una mayor inseguridad para éste, habida cuenta de la apertura de contenido que la misma encierra para la norma preferente, lo que resulta inviable en el marco de la suplementariedad.

Aunque menos frecuente, la relación de supletoriedad también puede apreciarse entre convenios vigentes de distinto ámbito territorial pero de igual o equivalente ámbito funcional, cuando el convenio de ámbito superior (por ejemplo, estatal) se declara supletorio para el de ámbito inferior (por ejemplo, provincial) en aquellas materias no reguladas por este último.

La supletoriedad debe diferenciarse, a su vez, de la dispositividad. En ésta, la norma da preferencia al contrato de trabajo en la regulación de una concreta materia, aplicándose subsidiariamente el contenido de la propia norma en defecto de previsión contractual. Por ejemplo, los cambios funcionales de orden sustancial requieren en primer término acuerdo de las partes del contrato de trabajo o, en defecto de pacto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones de condiciones de trabajo de esa naturaleza o las que hayan podido establecerse en convenio colectivo (art. 39.5 ET). La dispositivización supone dar prioridad a la autonomía individual en la regulación de ciertas materias, lo que suele comportar una menor tutela del patrimonio normativo del trabajador, dada la asimetría económica y jurídica de las partes en la relación individual de trabajo.

La posibilidad de relaciones supletorias y dispositivas en el ordenamiento laboral no cancela la existencia y aplicación del principio de norma mínima, so pena de desconocer preceptos y valores constitucionales. La pervivencia de este principio no ha de confundirse con el variable alcance del derecho necesario en aquel ordenamiento en virtud del ejercicio de la potestad legislativa. Esa continuidad tiene un anclaje constitucional de profunda solidez en la cláusula de Estado social (art. 1.1 CE) y en el principio de igualdad material (art. 9.2 CE), verdaderos ejes vertebradores del Derecho del Trabajo. Recuérdese que las funciones compensadora y transformadora de este ordenamiento tienen una manifestación destacada en la extensión por la norma estatal de los mínimos de derecho necesario a los distintos sectores de la actividad productiva [Capítulo 2, II, 1, D)]. La estructuralidad de esta indeclinable función estatal —ahora acompañada por la negociación colectiva— se diferencia, pese a su necesaria conexión, de la contingente extensión que tales mínimos pueden alcanzar, supeditada a distintas variables políticas, sociales y económicas. En suma, la oscilación en el contorno de estos mínimos y, a su socaire, la mayor o menor utilización por la norma estatal de aquellas relaciones supletorias y dispositivas, dando entrada a este respecto, con especial intensidad, a la negociación colectiva constitucionalmente reconocida, no autoriza a considerar inaplicable el principio de norma mínima, que cuenta con aquellos fundamentos constitucionales y con los mandatos normativos que de los mismos derivan en orden a compensar la posición jurídica dependiente de los trabajadores.

c') Los *máximos de derecho necesario* aparecen en la norma estatal estableciendo techos insuperables para la norma convencional, que ésta puede modular siempre que no sobrepase esos topes. Por consiguiente, los preceptos de la norma superior son inderogables *in melius* pero derogables *in peius*, por debajo del límite máximo fijado en la norma estatal. La libertad negocial colectiva queda aquí más constreñida en contraste con el derecho necesario relativo. Pero esta mayor limitación no ha de considerarse siempre como sinónimo de tratamiento legal más desventajoso para el trabajador, sino en cuanto regla que facilita

la operatividad de una figura en cuyo adecuado funcionamiento los trabajadores también están interesados. Por ejemplo, el número máximo de trece miembros que pueden integrar el Comité Intercentros de acuerdo con lo que disponga el correspondiente convenio colectivo (art. 63.3 ET).

C) *Principio de norma más favorable*

a) Concepto

A diferencia del principio de norma mínima, el de norma más favorable presupone una concurrencia conflictiva o colisión entre determinadas normas laborales vigentes. Brindando una fórmula en apariencia sencilla, el artículo 3.3 ET establece, en síntesis, que en tal caso de conflicto de normas ha de aplicarse, en cómputo anual, lo más favorable para el trabajador.

b) Límites

La aparente simplicidad del citado precepto esconde, sin embargo, una realidad aplicativa de corto alcance y de cierta complejidad. El examen de los límites del principio permiten comprender esa realidad. A este respecto, existen límites específicos recogidos en el artículo 3.3 ET a los que dicho principio debe someterse. Junto a ellos, distintos límites contemplados en el ordenamiento laboral y en el común son también aplicables al referido principio. El estudio de todos ellos puede estructurarse en torno a una triple clasificación: límites preventivos, impositivos y resolutivos.

a') Límites preventivos

Los límites preventivos tratan de evitar la concurrencia conflictiva entre normas laborales, haciendo inviable o postergando el recurso al principio de norma más favorable y utilizando para ello otros principios aplicativos derivados del ordenamiento, común o laboral. La identificación de estos principios prioritarios ha de realizarse a la luz de los distintos supuestos de concurrencia entre normas laborales. De su examen puede confirmarse el muy reducido margen operativo del que dispone el principio de norma más favorable.

1.º Concurrencia entre normas estatales

Entre las normas estatales no cabe concurso conflictivo a resolver mediante el principio que se examina, como lo evidencian los distintos supuestos en que aquéllas regulan una misma materia.

— Normas estatales del mismo rango. Rige o bien el principio de modernidad en la sucesión normativa, de modo que la norma legal posterior deroga la anterior (art. 2.2 CC), o bien el principio de complementariedad, que supone desarrollo por otra norma legal del mismo rango de las líneas básicas trazadas en otra anterior [por ejemplo, el derecho del trabajador a la integridad física, a una política adecuada de seguridad e higiene y a una protección eficaz en esta materia contemplados en los arts. 4.2.*d*) y 19.1 ET son objeto de concreto desarrollo mediante la LPRL].

— Normas estatales de distinto rango. El principio de jerarquía normativa solventa la posibilidad de conflicto normativo. Lo hace desde luego con la CE respecto de las restantes normas estatales (art. 9.1). Y lo confirma estableciendo con rotundidad, como ya se vio, la subordinación de las disposiciones reglamentarias a la ley (art. 3.2 ET) conforme al principio de complementariedad, de tal modo que la oposición del reglamento a la ley no se plantea en términos de concurrencia, sino de ilegalidad. La inexistencia de concurrencia conflictiva, deriva aquí del cometido de estricta ejecución de los mandatos legales asignado al reglamento laboral, lo que implica prevalencia de la norma legal en caso de que el reglamento colida con ella y anulación de éste con el alcance que el órgano judicial determine. Esta sujeción jerárquica

supone, asimismo, que el reglamento laboral no está habilitado para mejorar la ley sino para desarrollarla, explicitándola, clarificándola o detallándola (SSTS 28-9-1991 y 22-9-1992), habida cuenta de la prohibición recogida en el citado precepto estatutario en el sentido de que la norma reglamentaria pueda regular «condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar», pues tales condiciones son objeto de regulación por los convenios colectivos conforme al renovado y determinante papel que la CE atribuye al derecho de negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales (art. 37.1 CE). Cuestión distinta es que la regulación reglamentaria de desarrollo pueda considerarse más ventajosa para los trabajadores destinatarios de la misma en función de su concreto contenido, porque el *favor laboratoris* que resulta de esa regulación no deriva de la selección de la norma más favorable, sino de la necesaria especificación encomendada al reglamento laboral por la ley en el marco de la colaboración normativa con el mismo que ésta establece y autoriza.

— La evitación del conflicto de normas de distinto rango merced al principio de jerarquía normativa formal también se logra en el caso de las normas estatales sectoriales dictadas por el Gobierno de acuerdo con la previsión contenida en la Disposición Adicional 7.ª ET (ordenanzas de necesidad), que deben supeditarse a las normas estatales generales. Ciertamente, el sentido de esta subordinación es especial, dado que estas normas reglamentarias vienen a suplir la inexistencia de un convenio colectivo aplicable al sector de que se trate. Pero esta función supletoria determina que la ordenanza de necesidad pueda asumir las relaciones funcionales existentes entre la ley y el convenio colectivo.

2.º Concurrencia entre normas estatales y supraestatales

La concurrencia conflictiva o colisión de normas queda descartada entre normas estatales y normas supraestatales. Las disposiciones aplicables del Derecho Social de la UE se imponen a las normas estatales merced al principio de primacía, en tanto que, si bien los tratados y convenios internacionales se subordinan a la CE, gozan de preeminencia jerárquica respecto de las restantes normas estatales. A mayor abundamiento, la concurrencia no conflictiva queda reafirmada por la frecuente autoatribución por parte de la norma supraestatal del carácter de norma mínima.

3.º Concurrencia entre normas estatales y convencionales

Esta clase de concurrencia tampoco plantea problemas de conflicto normativo, porque la regulación concurrente entre la ley y el convenio colectivo estatutario (o el acuerdo colectivo estatutario con eficacia normativa), se solventa en el terreno de la singular subordinación de éste a aquélla. Singularidad que viene dada por las relaciones funcionales que, bajo el predominio inexcusable de la ley [arts. 3.1.*b*) y 85.1 ET], pueden establecerse entre estas normas, ya sea en el terreno de la colaboración internormativa (suplementariedad, complementariedad, supletoriedad), ya sea mediante la supresión de la posibilidad misma de concurrencia (exclusión).

Igual subordinación ha de predicarse de los convenios colectivos estatutarios en vigor objeto de actos administrativos de extensión a determinadas empresas y trabajadores o a un sector o subsector de la actividad que carezcan de regulación convencional debido a la imposibilidad de suscribir un convenio estatutario en esos ámbitos (art. 92.2 ET). La naturaleza reglamentaria del acto de extensión no priva a estos convenios de su cualidad de normas convencionales y, por tanto, de su singular subordinación a la ley.

Consecuencia del sometimiento del convenio colectivo a la ley —aunque lo sea de manera singular—, es que la regulación contraventora por parte del primero de lo dispuesto en la segunda (es decir, del derecho necesario en sus distintas vertientes) ha de considerarse como una cuestión de ilegalidad, que habrá de sustanciarse mediante la impugnación del convenio ante la jurisdicción social y su declaración de nulidad, total o parcial.

4.º Concurrencia entre normas convencionales

Es en este ámbito en que el principio que se analiza tiene cierta operatividad, aunque de forma muy atemperada. La mitigación del principio deriva de la regla general prohibitiva de la concurrencia entre convenios vigentes de ámbito distinto: «Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto» (art. 84, párr. 1.º, ET). Si los convenios son del mismo ámbito (funcional y territorial) rige naturalmente el principio de modernidad en la sucesión normativa (arts. 86.4 ET y 2.2 CC).

Esta regla prohibitiva puede exceptuarse mediante dos vías, legal y convencional. Pero tales cauces tampoco ofrecen necesariamente un espacio para la aplicación del principio de norma más favorable, puesto que también facultan para la fijación de otros principios específicos a fin de evitar la concurrencia conflictiva que pueda surgir entre convenios colectivos.

La vía legal resuelve esa concurrencia directamente, es decir, estableciendo en la propia ley la forma de solventar el conflicto normativo convencional. Un ejemplo de ello, se encuentra en el supuesto de sucesión de empresa y en la consiguiente concurrencia de convenios que la misma provoca, el de la empresa cedente y el de la empresa cesionaria. La norma legal resuelve la concurrencia estableciendo la aplicación provisional a los trabajadores afectados por la transmisión del convenio colectivo que en el momento de la misma se aplicase en la empresa cedente; aplicación que rige hasta la expiración de dicho convenio o hasta la entrada en vigor de otro que le resulte aplicable (art. 44.4 ET). Obsérvese que esta determinación legal subordina el principio de favor al de seguridad jurídica, ya que nada garantiza que el convenio de la empresa cedente contenga condiciones más favorables para los trabajadores afectados. De ahí que dicho precepto autorice pacto en contrario a esa aplicación.

A través de la vía convencional, la ley permite que la propia negociación colectiva pueda establecer fórmulas de solución del conflicto entre normas convencionales sin acudir necesariamente al principio de norma más favorable. Así sucede, a modo de ejemplo, con la posibilidad de pactar en acuerdo interprofesional de carácter estructural o en convenio colectivo estatutario sobre materias concretas las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios vigentes de distinto ámbito (arts. 84, párr. 1.º y 83.2 ET). El artículo 83.2 ET no menciona ningún principio a este propósito, por lo que las partes negociadoras, en uso de su autonomía colectiva, pueden establecer los que tengan por conveniente en el marco del ordenamiento jurídico, entre ellos el de norma más favorable. Si no acuerdan su aplicación, habrá que estar a los que hayan adoptado (tales como el principio de aplicación prioritaria del convenio anterior vigente o el principio de reserva material), pues el artículo 83.2 ET es regla especial respecto de la general contemplada en el artículo 3.3 del propio cuerpo estatutario.

Debe descartarse, sin duda, que la concurrencia conflictiva pueda producirse, en el estadio actual de nuestra jurisprudencia, entre convenios estatutarios y convenios extraestatutarios. La atribución a estos últimos de eficacia contractual con la consecuente exclusión de la eficacia normativa, sitúa el supuesto en la esfera del concurso no conflictivo entre la norma convencional (convenio estatutario) y el contrato, aquí de carácter colectivo (convenio extraestatutario), a resolver mediante el principio de condición más beneficiosa, de forma que las condiciones pactadas en este último configuran derechos individuales de los trabajadores indisponibles por convenio estatutario [art. 3.1.*c*) ET], salvo recurso al mecanismo de la neutralización (*infra* I, 2).

b') Límites impositivos

La aplicación del principio de norma más favorable debe sujetarse, asimismo, a los límites que configuran las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo, concretados legalmente en el respeto a «los mínimos de derecho necesario» (art. 3.3 ET). Como ya se expuso, esta expresión comprende las tres manifestaciones de derecho imperativo examinadas [*supra* 1, B)], lo que implica que la norma convencional seleccionada de acuerdo con los límites resolutivos, ha de respetar aquellos mínimos en sus distintas

vertientes. Esa norma no puede desconocer dichos mínimos, puesto que la fórmula legal que los acuña en el citado precepto está vinculada a la noción de orden público laboral, que no admite derogación alguna mediante «ningún criterio compensatorio de comparación global» (SSTS 25-2-1988 y 9-3-1992) entre las normas laborales en concurrencia conflictiva.

c') Límites resolutivos

Aun escasos, los supuestos en los que procede hacer uso del principio de norma más favorable exigen contar con un criterio que permita seleccionarla y aplicarla, actuando así como límite en la resolución de la concurrencia conflictiva, de modo que queden excluidos los criterios que no se consideran adecuados para esa finalidad. Dos son los criterios que se han utilizado a este propósito. Uno de ellos, el criterio de la acumulación, con respaldo limitado en la jurisprudencia (SSTS 29-1-1997 y 18-2-1999), considera que deben compararse las prescripciones más favorables de cada una de las normas en concurso conflictivo y aplicarse, de forma acumulada, los preceptos de cada una que resulten más favorables para el trabajador. La dicción literal del artículo 3.3 ET parece avalar este criterio al referirse a «lo más favorable».

Frente a la literalidad de ese precepto y ante la dificultad práctica de aplicar una suerte de tercera norma como resultado de la yuxtaposición selectiva de las concurrentes en conflicto, se ha admitido, como regla general y salvo que la propia negociación colectiva se incline por la pauta acumulativa, el criterio de la comparación global (SSTS 8-6-2009 y 5-10-2010), que supone el cotejo de dichas normas para aplicar sólo una de ellas, precisamente la que, en su conjunto, se considere más favorable para el trabajador.

El criterio de la comparación global fue tempranamente modulado por la jurisprudencia, ante el obstáculo insalvable que suponía realizar un cotejo normativo indiferenciado y en conjunto de las materias objeto de regulación convencional. El impedimento no deriva de las materias que pueden reconducirse a conceptos cuantificables (salarios, jornada…), que la norma estatutaria permite apreciar en su conjunto y en cómputo anual (art. 3.3 ET), sino respecto de aquellas otras que, en su integridad o en parte, bien no admiten esa cuantificación directa (clasificación profesional, prevención del acoso en el trabajo…), bien se trata de conceptos cuantificables pero que adolecen de periodicidad dificultando o impidiendo el cómputo anual (tal sucede, por ejemplo, con las licencias y permisos retribuidos: STS 3-4-1995). Para solventar estos inconvenientes se ha recurrido a la comparación entre grupos homogéneos de materias, criterio aplicable tanto a las susceptibles de cuantificación como a las que no lo son, excluyendo del cotejo en todo caso los mínimos de derecho necesario (SSTS 25-2-1998 y 12-2-2002).

2. Sucesión normativa y mantenimiento de condiciones contractuales: principio de condición más beneficiosa

A) Concepto

Se trata de un principio de construcción judicial, cuya generalización fue obra del ya extinguido TCT y que se encuentra plenamente consolidado en el ordenamiento laboral vigente (STS 25-6-2002). Así, partiendo del principio de norma mínima, el artículo 3.1.*c*) ET impide que «puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos» que los apartados *a*) y *b*) de dicho precepto considera como fuentes de la relación laboral (*rectius*, fuentes del Derecho del Trabajo). Obsérvese que el precepto estatutario parcialmente transcrito no instaura el principio del que ahora se trata, limitándose a configurar la condición más beneficiosa de origen contractual que permite establecerlo. Sobre esta base estatutaria, el principio de condición más beneficiosa significa que, en el supuesto de sucesión normativa, la norma posterior que derogue, en todo o en parte, a la anterior ha de respetar la condición más beneficiosa que el trabajador o trabajadores hayan adquirido en el marco de su relación contractual de trabajo durante la vigencia de dicha norma anterior.

Cumple así el principio una función de mantenimiento o conservación de las condiciones contractuales calificables como más beneficiosas en el tránsito entre normas, preservando la autonomía individual no discriminatoria o lesiva de mínimos de derecho necesario frente a la regulación normativa de carácter sucesivo.

B) Requisitos

La calificación de una condición más beneficiosa sobre la que opera el principio homónimo, exige la concurrencia de dos requisitos: el origen contractual de la condición y su incorporación al contrato de trabajo a título de derecho adquirido.

a) Origen contractual de la condición

Es ampliamente compartido en la doctrina científica que el origen de la condición más beneficiosa sobre la que se construye el principio en cuestión se localiza únicamente en el contrato de trabajo, conclusión que, como después se verá, debe ser matizada. Bajo ese origen, la condición se incorpora a la relación contractual de trabajo de forma diversa, bien por acuerdo expreso o tácito de las partes; bien mediante voluntad inicial del empresario, expresa o tácita, admitida posteriormente de ese doble modo por el trabajador. Es también doctrinalmente pacífico admitir que la voluntad unilateral del empresario manifestada en el contrato de trabajo puede dar lugar no sólo a condiciones más beneficiosas individuales, sino a condiciones de este tipo y de efectos colectivos, también denominadas condiciones más beneficiosas de carácter plural, que se incorporan asimismo al nexo contractual de los trabajadores afectados (STS 25-10-1999). Por ejemplo, la concesión unilateral por el empleador a los trabajadores de un plus voluntario sobre las cuantías de los componentes salariales reconocidos en convenio o la concesión de becas escolares para los hijos de los trabajadores (SSTS 13-7-1994 y 30-12-1998).

A través de las condiciones más beneficiosas, el empresario pretende atribuir al trabajador derechos que superan los límites establecidos en las normas imperativas, de carácter estatal o convencional (SSTS 16-9-1992 y 21-2-1994). Estos derechos, siempre que cumplan con los requisitos exigibles, se mantienen con la nueva norma, aunque hayan nacido durante la vigencia de la anterior.

Al carecer de origen contractual, no son fuentes que permitan crear condiciones más beneficiosas ni las normas legales (ley, reglamento), ni las normas convencionales de carácter estatutario, pues ambas clases de normas están sometidas al principio de modernidad en la sucesión (arts. 2.2 y 86.4 CC). Con todo, este principio no impide que la norma convencional posterior, en virtud de la autonomía contractual, mantenga, con el que alcance que la misma determine, condiciones establecidas en la norma anterior derogada (art. 86.4 ET). Pero esta posible subsistencia no se funda en el principio de condición más beneficiosa, inaplicable en este caso, sino en la voluntad de la norma convencional o, en su caso legal, posterior de conservar ciertos derechos instaurados en la anterior. Las condiciones que los recogen en la norma derogada se han calificado como más beneficiosas de origen normativo, pero la calificación es equívoca porque, dado el origen de dichas condiciones, el principio de condición más beneficiosa es aquí inaplicable, de modo que la norma posterior derogatoria de la anterior no ha de garantizar necesariamente el mantenimiento de las referidas condiciones.

No sostiene la doctrina científica una posición común al considerar si la condición más beneficiosa puede tener su origen en los usos de empresa o en los convenios extraestatutarios. De aquí la necesidad apuntada de matizar que dicha condición sólo se origine en la relación individual de trabajo. En este sentido, no hay inconveniente técnico para admitirla en lo tocante a los usos de empresa, cuando los mismos derivan de una voluntad empresarial que los instaura o los mantiene con finalidad atributiva de derechos, por lo común de efectos colectivos (STS 15-7-1992). Respecto de los convenios extraestatutarios, la eficacia contractual que les asigna la jurisprudencia mayoritaria exige su consecuente tratamiento como

contratos, susceptibles de considerarse fuente de condiciones más beneficiosas de efectos colectivos dada la dimensión necesariamente colectiva de estos pactos (SSTS 23-9-2003 y 19-10-2003), lo que, como ahora se verá, incide en el modo de neutralización de los mismos pero no modifica su origen contractual.

b) Incorporación de la condición al contrato de trabajo

El origen contractual de la condición más beneficiosa, ya sea estrictamente individual, ya de efectos colectivos, es requisito previo pero insuficiente para la aplicación del principio que la vehicula. Es necesario, además, que la mejora se haya incorporado real y efectivamente al vínculo contractual a título de derecho adquirido y no como mera expectativa de derecho.

La cuestión central que esta incorporación plantea estriba en determinar el momento en que la misma se produce. Ese momento puede identificarse sin especial dificultad cuando existe de forma expresa pacto o decisión unilateral del empresario reveladores de la voluntad de atribuir al trabajador o trabajadores un derecho por encima de las normas legales o convencionales. Cuando el acuerdo o la decisión son tácitos y ante el inconveniente silencio legal, la jurisprudencia viene exigiendo que la condición más ventajosa descubra la voluntad inequívoca y deliberada de establecerla (SSTS 21-11-2006 y 28-6-2007), de modo que no se trate de una mera tolerancia, liberalidad o error. Así, la vigencia temporal de la condición, expresamente consignada, excluye su calificación como más beneficiosa (SSTS 17-3-1992 y 20-9-1993), pero el transcurso del tiempo en el disfrute de una determinada condición no la convierte, por sí mismo, en más beneficiosa si no consta aquella voluntad incuestionable (SSTS 3-11-1992 y 17-9-2004).

Con todo, en una suerte de argumentación circular, la prueba de esa voluntad empresarial remite necesariamente, en la jurisprudencia, a la concurrencia de ciertos elementos que la evidencien. En este sentido, esa doctrina pretende objetivar dicha voluntad exigiendo la habitualidad, regularidad y disfrute en el tiempo, como factores indicativos de la misma (SSTS 5-6-2007 y 25-7-2007). Pese a ello, la censurable ausencia de criterios generales en la ley que contribuyan a la determinación de dichos factores y reduzcan en lo posible la incertidumbre de su concurrencia (por ejemplo, ¿a partir de qué momento, ha de considerarse que la condición se ha disfrutado de modo habitual?) deja un amplio e indeseable margen a la interpretación judicial, en posible menoscabo de la tutela de los derechos del trabajador, diluyendo así la eficacia aplicativa del principio.

C) *Límites*

El principio analizado está sujeto a dos tipos de límites: impositivos e impeditivos. Las funciones que ambos cumplen son distintas. Los primeros pretenden salvaguardar el respeto a ciertas normas imperativas. Los segundos implican la negación *ex post* del principio, impidiendo su mantenimiento *sine die* aunque no hayan cambiado las circunstancias que determinaron el reconocimiento de la condición más beneficiosa.

a) Límites impositivos

La voluntad individual o conjunta de establecer condiciones más beneficiosas de origen contractual encuentra límites insalvables en las normas imperativas que establecen ciertas prohibiciones a este respecto (imperatividad limitativa o negativa), en especial las relativas a las normas de derecho necesario y a los denominados pactos individuales «en masa». Su finalidad se orienta a procurar una correcta utilización del principio que se examina.

a') La imperatividad limitativa se manifiesta, de un lado, en la imposibilidad de que la condición transgreda el derecho necesario. La prohibición de infringirlo no se refiere aquí al derecho necesario relativo, al ser éste consustancial a la propia existencia del principio [art. 3.1.*c*) ET]. Alude al derecho necesario absoluto y a los máximos de derecho necesario, cuyos límites no pueden exceptuarse en ningún caso por la subjetiva valoración de las partes contractuales considerando que al sobrepasarlos establecen una condi-

ción más beneficiosa para el trabajador. Tómese como ejemplo clásico de pacto ilegal en este ámbito aquel en cuya virtud el empresario acuerda con el trabajador asumir la cotización de éste a la Seguridad Social, transacción expresamente prohibida por el artículo 26.4 ET y a la que se anuda la sanción de nulidad. O, en sentido inverso, el pacto, individual o colectivo —igualmente nulo— por el que el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o cuota de la Seguridad Social a cargo del empresario (art. 105 LGSS).

b') Límites impositivos a la condición más beneficiosa derivan, por otra parte, de la interdicción de los pactos discriminatorios, así como de las decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos y de los pactos individuales «en masa». El frontal rechazo de los primeros se funda en la prohibición constitucional de discriminación, teniendo en cuenta que no toda desigualdad de trato normativo vulnera el artículo 14 CE, sino tan sólo la que introduce una diferencia entre situaciones iguales sin justificación objetiva y razonable. Ello puede conducir a entender la desigualdad, bien injustificada por vulnerar la autonomía privada el orden público constitucional (esto sucede, a guisa de ejemplo, con las desigualdades que se basan exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa o en la adquisición de la condición de fijeza de la relación de trabajo: SSTC 177/1993 y 27/2004) o bien justificada cuando el pacto o la decisión obedezcan a criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. Para delimitar estos criterios deben considerarse ciertos factores objetivos que justifican diferencias de trato. Por ejemplo, cuando tales diferencias versan sobre remuneraciones puede atenderse, entre otros factores, a «los que derivan del contenido de los actos de trabajo, de la intensidad o duración del mismo, de la calidad de su realización, de los factores circunstanciales del medio de trabajo que influyen en la penosidad o peligro de su ejecución o en el esfuerzo laboral, o de las propias necesidades del trabajador» (STC 34/1984 y STS 3-12-2000). En este sentido y a modo de ejemplo, la consolidación de condiciones más beneficiosas puede ser admisible para los trabajadores de mayor antigüedad en la empresa respecto de los ingresados en fechas más recientes, al haber contribuido los primeros durante más tiempo a superar situaciones de crisis empresarial y haber soportado restricciones de sus derechos, en concreto la congelación de salarios (STS 12-11-2002).

Las decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos y los pactos individuales «en masa» propuestos y concertados por el mismo constituyen un modo fraudulento de eludir la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva que la integra respecto de los sindicatos, cuando, mediante esas actuaciones, se prescinde de la legítima representación de los trabajadores como parte negociadora del convenio estatutario y se recurre por el empresario a la decisión unilateral o al pacto individual de condiciones de trabajo. Por ejemplo, mediante el cambio de jornada continuada a jornada partida, previa supresión de la jornada laboral de los sábados y el establecimiento de un plus económico (STC 102/1992). No existe, en estos casos de recurso a la autonomía individual con proyección colectiva, condición más beneficiosa plural alguna que se incorpore a los contratos de trabajo —al margen de que, materialmente, tal condición pueda considerarse o no como mejora—, ni tales actuaciones constituyen expresión de las facultades empresariales de dirección y organización del trabajo, sino vulneración del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos y de su más amplio derecho de libertad sindical de cuyo contenido esencial aquel otro forma parte inescindible (arts. 28.1 y 37.1 CE: SSTC 102/1992 y 107/2000).

b) Límites impeditivos

Como ya se ha señalado, la condición más beneficiosa que reúna los mencionados requisitos exigidos para su identificación resulta inmune frente a una normativa general sobrevenida (STS 25-2-2002). Esta inmunidad se traduce, en el marco del contrato, en la imposibilidad de que el empresario restrinja, modifique o suprima unilateralmente la condición, puesto que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC). La incorporación al nexo contractual de ese beneficio como derecho adquirido impide su disposición por decisión del empresario y produce la consecuente intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (SSTS 24-9-2004 y 25-7-2007).

Pese a esta terminante y consolidada jurisprudencia, la inmunidad de que goza la condición más beneficiosa es sólo relativa, ya que tal condición puede neutralizarse a través de ciertos pactos o decisiones que actúan como límites impeditivos, debilitando la función de mantenimiento de derechos adquiridos que cumple el principio en el marco de la sucesión normativa. Dos vías principales ofrece el ordenamiento para neutralizar dicha condición, impidiendo que la misma despliegue su ordinaria eficacia.

a') El procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo constituye una vía de supresión de condiciones más beneficiosas por decisión unilateral del empresario (art. 41 ET), que afecta a las disfrutadas por los trabajadores tanto a título individual como en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos o de carácter plural. La utilización de este procedimiento opera como norma de derecho necesario, sin que la decisión unilateral del empresario prescindiendo de dicho procedimiento o el convenio colectivo sean cauces admisibles para proceder a tal supresión (SSTS 19-3-2001 y 27-1-2004).

La existencia de esta posibilidad modificatoria por parte del empresario, contribuye a explicar que la jurisprudencia sólo admita de forma excepcional la alteración de la condición más beneficiosa por la vía del principio *rebus sic stantibus*, utilizable cuando, en virtud de circunstancias posteriores e imprevisibles, resulta extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto (SSTS 8-6-1996 y 11-3-1998). Con todo, esta mayor onerosidad es reconducible a la utilización del procedimiento de modificación sustancial previsto en artículo 41 ET, tanto por el carácter de derecho necesario que dicho procedimiento reviste, como por el encaje de esa intensa onerosidad posterior en alguna de las causas determinantes de dicha modificación: económicas, técnicas, organizativas o de producción [Capítulo 12, II, 2, C)].

b') El segundo cauce ofrecido para atajar el mantenimiento de condiciones más beneficiosas es la técnica de la compensación y absorción, cuya utilización depende, asimismo, de la voluntad unilateral del empresario. De acuerdo con la misma, las mayores ventajas o mejoras de origen normativo que puedan producirse con posterioridad a la adquisición de la condición más beneficiosa (ley, reglamento, convenio colectivo estatutario) no se añaden necesariamente a la misma, sino que esta condición puede ser absorbida y compensada por aquellas mejoras normativas, de modo que resulte suprimida, inicial o sucesivamente.

Este mecanismo puede operar tanto si las ventajas o mejoras de origen normativo son inferiores a las que venga percibiendo el trabajador a título de condición más beneficiosa, como en el caso de que dichas ventajas o mejoras las superen. Si las mejoras de orden normativo no superan, quedan por debajo, de las que venga percibiendo el trabajador a título de condición más beneficiosa, estas últimas no se modifican, ya que absorben la diferencia. Por ejemplo, los guías turísticos de una determinada empresa tienen fijado un salario de mil euros mensuales, salvo dos de ellos que perciben cien euros mensuales más como complemento personal por conocimiento de un tercer idioma no exigido al formalizar su contrato de trabajo. Si el nuevo convenio colectivo establece un aumento de sesenta euros mensuales como complemento personal para todos los trabajadores de dicha categoría, este incremento no se aplicará a los que tienen reconocida la condición más beneficiosa si el empresario decide que esa condición sea absorbida y compensada por tal aumento.

En el caso de que dichas mejoras superen, se sitúen por encima de las que venga percibiendo el trabajador en concepto de condición más beneficiosa, estas últimas quedan absorbidas y compensadas por esas superiores. En el ejemplo anterior y sin que los restantes datos varíen, el incremento convencional se establece en doscientos euros mensuales. En tal caso, el aumento del salario de los dos trabajadores que disfrutan de la condición más beneficiosa será únicamente de cien euros mensuales, ya que los cien euros restantes quedan absorbidos y compensados por dicha condición si el empresario así lo decide.

El artículo 26.5 ET regula esta técnica en materia de retribución salarial, en tanto que el artículo 27.1 del propio texto normativo la aplica a la revisión del SMI. Pero dicha técnica también puede operar en otras materias (por ejemplo, jornada o licencias). En todo caso, su válida aplicación está sujeta a dos requisitos:

1.º La condición más beneficiosa y la nueva condición mejorada han de ser homogéneas, es decir, deben responder a una misma causa específica de atribución, lo que supone pertenencia al mismo género y especie (días de vacaciones, horas de jornada laboral, salario base por salario base, complemento de puesto de trabajo por complemento de puesto de trabajo… SSTS 10-4-1994 y 18-1-1995). Si no se exigiese esa homogeneidad y bastase únicamente que dichas condiciones pertenecieran al mismo género y no a igual especie (por ejemplo, días de vacaciones por días de permisos, un complemento salarial personal y un complemento salarial de puesto de trabajo), se ampliarían de forma desproporcionada las posibilidades de aplicar la técnica de la compensación y absorción, obstaculizándose, al tiempo, la utilización de un contraste suficiente para su operatividad.

2.º El empresario ha de aplicar la compensación y absorción sin demora alguna, es decir, a partir del momento en que entre en vigor la norma en que se recoja la mejora o ventaja general y antes de que el trabajador haya comenzado su efectivo disfrute (con anterioridad a la percepción del nuevo salario, del disfrute de un nuevo período de vacaciones…). De lo contrario, se entiende que renuncia a ella. Asimismo, en el supuesto en que la regla de absorción y compensación venga establecida por norma legal o convencional, se admite pacto individual o colectivo en contrario que declare no absorbibles las condiciones más beneficiosas, ya que se trata de un derecho renunciable por el empresario (STSJ/Navarra, 28-2-1994 y STSJ/C.Valenciana 6-6-2003).

3. Imperatividad normativa y preservación de derechos: principio de indisponibilidad de derechos

A) Fundamento

La debilidad estructural del trabajador en el contrato de trabajo no sólo se protege estableciendo el carácter imperativo de las normas laborales, sino impidiendo determinados actos de disposición por su parte, a fin de que éste no pueda exceptuar válidamente la aplicación de la norma imperativa en su perjuicio. A esta finalidad primaria obedece el principio de indisponibilidad de derechos, que invierte la regla general de renunciabilidad de los derechos instaurada en el ordenamiento civil (art. 6.2 CC). Conforme a la formulación legal de este principio, queda prohibido que los trabajadores puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, así como de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo (art. 3.5 ET).

El fundamento del principio reposa en la protección de la desigualdad estructural existente entre las partes de la relación individual de trabajo, tutelando así la frágil autonomía del trabajador en esa relación. Su finalidad no es corregir un vicio del consentimiento en que el que éste haya podido incurrir, sino evitar conductas fraudulentas mediante la disposición de derechos no permitida al trabajador al resultar insuficiente para atajarlas su autonomía contractual. Este fundamento explica la insuficiencia de la inderogabilidad para atajar estas conductas, ya que, como luego se verá, inderogabilidad e indisponibilidad actúan en momentos distintos del ciclo vital del contrato de trabajo.

B) Límites

La prohibición estatutaria que impide al trabajador disponer válidamente de determinados derechos presenta límites materiales y temporales, que vienen a precisarla.

a) Límites materiales: alcance

a') Actos prohibidos y derechos indisponibles

El artículo 3.5 ET se refiere a la prohibición de «disponer» sobre determinados derechos, ampliando así el abanico de actos o negocios jurídicos sobre los que se proyecta ese límite prohibitivo en relación con sus precedentes, los artículos 36 LCT-1944 y 5.1 LRL, en los que la prohibición se ceñía a «la renuncia» o a «renunciar», respectivamente. Ahora el ámbito material de la prohibición abarca dos tipos de actos. De un lado, comprende la renuncia en sentido propio, entendida como acto unilateral de abandono irrevocable de un derecho cierto con carácter abdicativo, esto es, sin contraprestación alguna. De otro, también acoge la disponibilidad, referida a «actos o contratos conmutativos» (STS 28-2-2000). Ello significa que, en principio, entran asimismo en el círculo de los actos indisponibles tanto los actos unilaterales abdicativos distintos de la renuncia (condonación de la deuda, donación, cesión de bienes…) como los actos bilaterales, encauzados usualmente a través del contrato de transacción.

La prohibición de disponer que se proyecta sobre ese conjunto de actos y negocios jurídicos ha de venir referida en todo caso a ciertos derechos indisponibles, cuya determinación traza el artículo 3.5 ET del siguiente modo:

1.º Los derechos reconocidos en disposiciones legales de derecho necesario (absoluto, relativo y máximo). Las disposiciones legales que contienen el derecho necesario son todas las que admiten esa calificación, aunque su rango sea diverso, atribuyendo derechos al trabajador con carácter imperativo.

2.º Los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. La fórmula que utiliza aquí el citado precepto estatutario no es afortunada, ya que parece exigir el expreso reconocimiento convencional de los derechos indisponibles, cuando, en rigor, opera la presunción inversa, que parte de la fuerza vinculante y el consiguiente carácter normativo del convenio (STS 22-9-1987), cuando menos, indisputadamente, del convenio colectivo estatutario. En consecuencia, los derechos reconocidos al trabajador en el convenio son indisponibles, tanto los que el convenio instaure *ex novo* como los mandatos convencionales que desarrollen normas de derecho necesario, que «adquieren el mismo rango de indisponibilidad que tiene la norma desarrollada» (SSTS 27-4-1999 y 6-2-2000). De aquí que la calificación de derecho dispositivo tan sólo pueda admitirse cuando de forma explícita así lo disponga la norma convencional.

3.º Los derechos reconocidos en sentencias favorables al trabajador, no pueden ser objeto de renuncia (art. 246.1 LJS). Aunque este precepto utiliza la misma expresión de «sentencias favorables» que su inmediato precedente, el artículo 245 LPL, ha de entenderse con la jurisprudencia que la prohibición se refiere únicamente a las sentencias firmes (SSTCT 2-3-1979 y 26-10-1983), equiparadas así al derecho necesario indisponible. El principio de indisponibilidad de derechos aparece aquí como efecto indisociable de la garantía de ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, que integra, a su vez, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, evitándose de este modo que la tutela jurisdiccional se transforme en una mera declaración de intenciones (STC 32/1982).

La prohibición también alcanza implícitamente a los títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales firmes, a los que la LJS otorga esa eficacia (por ejemplo, conciliación judicial o extrajudicial o laudos arbitrales).

b') Actos permitidos y derechos de libre disposición

La prohibición de disponer que resulta de los artículos 3.5 ET y 246.1 LJS, aun siendo amplia, no implica, atendiendo a su tenor literal, que todos los actos de disposición del trabajador hayan de incluirse en el ámbito de dicha prohibición. Existen determinados actos, unilaterales o bilaterales, a los que la autonomía de la voluntad puede acceder sin quedar afectada por dicha prohibición. De este modo, entran en ese ámbito de libre disposición del trabajador los siguientes derechos y actos:

1.º Los derechos reconocidos al trabajador con carácter unilateral por el empresario.

2.º Los actos unilaterales del trabajador que supongan ejercicio de derechos, pero no su renuncia, como son, a título de ejemplo, la extinción voluntaria del contrato de trabajo, la dejación transitoria de un derecho mediante su desistimiento —lo que sólo comporta el abandono de la pretensión procesal sin renuncia a la acción— o la falta de ejercicio de una acción judicial dejando transcurrir los plazos de prescripción o caducidad.

3.º Los derechos controvertidos o en litigio, pueden ser objeto de actos de disposición bilateral, mediante transacción. Respecto de las realizadas en conciliación extrajudicial (arts. 91 ET y 63 LJS) o judicial (art. 84.1 y 2 LJS), el riesgo de que, mediante mutuas concesiones, se lleve a cabo una disposición de derechos prohibida está prácticamente conjurado en los supuestos en que interviene en el negocio transaccional un funcionario público, ya sea un técnico de la Administración Laboral (conciliación extrajudicial como requisito preprocesal), ya sea un Secretario judicial (conciliación judicial), habida cuenta de que sobre estos funcionarios pesa el deber de impedir todo convenio que comporte disponibilidad de derechos prohibida al trabajador.

La garantía que supone la intervención de un funcionario no existe, sin embargo, con carácter previo cuando se trata de transacciones extrajudiciales que no requieren la obligada presencia de aquél (novación modificativa, mutuo disenso extintivo…). Tales pactos pueden ser plenamente lícitos siempre que exista una situación controvertida y/o mutuas concesiones de las partes. Pero también pueden ser ocasión propicia para encubrir renuncias o transacciones prohibidas, teniendo en cuenta, sobre todo, que las recíprocas concesiones existentes en la transacción como requisito estructural no implican necesaria equivalencia en los sacrificios de cada parte, por lo que pueden suponer para el trabajador una renuncia velada y no permitida. El remedio en este supuesto habrá de obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial que determine la regularidad del pacto desde la perspectiva de su real contenido y del principio de indisponibilidad de derechos.

4.º Los derechos reconocidos por sentencias no firmes y favorables al trabajador, pueden ser objeto de transacción «dentro de los límites legalmente establecidos» (art. 246.1 LJS).

b) Límites temporales

El arco temporal en el que el principio se desenvuelve es ciertamente amplio, pues la prohibición de disponer comprende los derechos objeto de la misma «antes o después de su adquisición». Amplitud no equivale, con todo, a inexistencia de límites, pues ese lapso de tiempo no comprende todo el ciclo vital del contrato de trabajo, debiéndose distinguir a este propósito los ámbitos de la inderogabilidad y de la indisponibilidad de derechos.

La inderogabilidad actúa en la fase constitutiva de la relación individual de trabajo [celebración del contrato de trabajo: art. 3.1.*c*) ET]. La indisponibilidad opera en las fases de ejecución y extinción del contrato de trabajo (art. 3.5 ET). Tómese el derecho a las vacaciones anuales retribuidas como ejemplo de derecho necesario, a fin de distinguir el alcance de la inderogabilidad y de la indisponibilidad en la dinámica del contrato de trabajo.

a') Al celebrar el contrato de trabajo no podrá pactarse un período de vacaciones inferior al establecido legal o convencionalmente, pues el artículo 3.1.*c*) ET basta para impedir la derogación de las correspondientes normas por la autonomía contractual, sin que aquí actúe el principio de indisponibilidad, pues el trabajador no ha adquirido todavía el derecho y no puede, por tanto, disponer del mismo.

b') En la fase de ejecución del contrato, tampoco puede pactarse válidamente la renuncia al período de vacaciones o una compensación retributiva al mismo. Si ese pacto se realiza antes de haberse iniciado el devengo del derecho, resultará inválido por contravenir el principio de indisponibilidad en su vertiente anticipada (art. 3.5 ET), ya que, aunque el derecho no se ha adquirido existe una expectativa razonable de que se incorpore al patrimonio del trabajador en el desarrollo del contrato. Si el pacto se concierta una

vez que el derecho ha sido devengado, el pacto es igualmente inválido actuando la indisponibilidad como límite prohibitivo dado que el derecho indisponible ya se ha adquirido.

c') La indisponibilidad alcanza también al momento extintivo del contrato si en el correspondiente pacto de liberación de deudas derivadas de la finalización del mismo no se reconoce al trabajador, y por tanto no se le abona, la parte proporcional de las vacaciones no realizadas debido a la legal extinción de su contrato con anterioridad al disfrute del correspondiente período vacacional.

II. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES: *PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO*

1. Alcance

De modo semejante a lo que acontece en otros sectores del ordenamiento, el de carácter laboral dispone de un principio específico de interpretación de las normas incluidas en el mismo: el *principio in dubio pro operario*. Su adecuado entendimiento exige partir del *principio pro operario* y distinguir con precisión las dos vertientes diferenciadas del mismo, la normativa y la judicial.

A) En su *vertiente reguladora*, el *principio pro operario* actúa en la fase de elaboración de las disposiciones laborales y significa que el contenido de éstas ha de acoger una orientación en la que predomine el designio protector del trabajador. La intensidad y extensión de este propósito varían, desde luego, en función del contexto socioeconómico y político en el que la norma se elabore.

Este sentido tuitivo del principio acompaña al Derecho del Trabajo desde sus balbuceos históricos [Capítulo I, 3, B)] hasta la actualidad, en la que su fundamento se sitúa en la cláusula de Estado social (art. 1.1 CE), merced a la cual se legitima la acción normativa igualadora del legislador (art. 9.2 CE y SSTC 3/1983, 14/1983 y 114/1983), así como en la autonomía normativa de los representantes de los trabajadores (STC 58/1985).

En esta *vertiente reguladora* el *principio pro operario* tiene un amplio alcance, tanto en lo que se refiere a los *instrumentos reguladores* como al *ámbito material* o contenido de la regulación.

a) Los *instrumentos reguladores* encauzan el principio a través de una variada gama de medios, cuyo denominador común reposa sobre la tutela del trabajador:

1) Los específicos principios aplicativos del ordenamiento laboral, recogidos en éste y anteriormente examinados [arts. 3.1.*c*), 3.3, 3.5 ET y 246.1 LJS].

2) Los principios constitucionales de carácter laboral (autonomía individual, autonomía colectiva y regulación pública) y su proyección en el ordenamiento laboral, cono sucede, por ejemplo, con el principio de no discriminación en las relaciones laborales (art. 17.1 ET) o con el principio de estabilidad en el empleo (art. 1 LEM).

3) Las normas legales y reglamentarias, que son las prioritariamente comprometidas en la tutela del trabajador en virtud de la cláusula de Estado social y del mandato de igualdad material constitucionalmente sancionados (arts. 1.1 y 9.2 CE).

4) Los convenios colectivos, tanto estatutarios como extraestatutarios, pues para todos ellos está abierta la posibilidad de incorporar normas protectoras del trabajador.

5) Las normas consuetudinarias, en el supuesto de que no se encuentren ya incorporadas a la norma legal o a la convencional.

b) En el *ámbito material* o de contenido, el *principio pro operario* muestra una variada morfología protectora, acogiendo distintas manifestaciones en favor del trabajador. Cabe citar, a modo de ejemplo, el reconocimiento y ejercicio de derechos y facultades, individuales y colectivos; la incorporación de presunciones o la inversión relativa de la carga de la prueba en el proceso laboral.

Con todo, no debe desconocerse la variable intensidad tuitiva con la que este contenido puede ser regulado. Recuérdese, a este respecto, que el compromiso de tutela reguladora a favor del trabajador que

el ordenamiento laboral incorpora de forma prioritaria por mandato constitucional no siempre se plasma en ese sentido, sino que, por lo común, la regulación también contempla los intereses del empleador, de forma que el principio en examen no suele presentar una exclusiva orientación protectora del trabajo dependiente.

B) Desde su *vertiente judicial*, el *principio pro operario* se desenvuelve en la fase aplicativa de la norma laboral, plasmándose de forma más específica en el *principio in dubio pro operario*. Esta vertiente del *principio pro operario*, con cuya vertiente reguladora no debe confundirse, supone que, entre distintas interpretaciones posibles de un precepto o preceptos laborales o con proyección laboral, el órgano judicial ha de decidirse por aquella que más favorezca al trabajador. La amplitud del *principio pro operario* en su vertiente normativa se ve aquí reducida, aunque no anulada, cuando se trata de aplicar la norma por los jueces y tribunales. Y ello por dos clases de razones. De un lado, porque el criterio de equidad en la aplicación de la norma laboral ya ha sido considerado por el legislador o por los interlocutores sociales, al incorporar en la misma un contenido ventajoso para el trabajador, aunque ello sea con intensidad variable, como se ha dicho. Las pautas interpretativas que el juez utilice han de revelar ese trato normativo de favor. De otro lado, teniendo en cuenta los propios límites a los que debe someterse el ejercicio de la función judicial que, en su tarea interpretativa, no puede sustituir a la norma sino únicamente complementarla dentro de esos límites, que ahora deben ser examinados.

2. Límites

Los límites que jalonan este principio son de distinto tipo: de carácter interpretativo y de carácter probatorio.

A) Límites de carácter interpretativo

a) La existencia de una *res dubia*, esto es, la identificación de diversos sentidos atribuibles a un mismo precepto una vez realizada su interpretación. Consecuencia primordial de ello es que el principio no prevalece contra el claro tenor literal del precepto (arts. 3.1 y 1.281 CC), aun cuando de este tenor se deriven soluciones que no sean favorables para el trabajador.

b) La imposibilidad de sustituir las pautas generales de interpretación de las normas y de los contratos (arts. 3.1 y 1.281 a 1.289 CC). Por tanto, el principio se activa como último criterio cuando la aplicación de esas pautas muestra distintos sentidos posibles de un precepto, lo que no constituye un supuesto inusual, sobre todo cuando se trata de preceptos en los que el equilibrio de intereses de trabajador y empresario guarde una mayor proporción.

Cuando la interpretación se refiera a las condiciones derivadas del contrato de trabajo, las reglas interpretativas han de ser inicialmente las establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del CC (STS 18-7-1990). En este sentido, el principio impide alterar la voluntad de las partes cuando ésta ha sido lícitamente prestada (STS 24-12-1999). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que si esa voluntad no queda claramente explicitada y las reglas generales de interpretación de los contratos resultan insuficientes para clarificarla, no debe existir inconveniente en aplicar el principio dentro de los límites establecidos al respecto.

B) Límites de carácter probatorio

Estos límites actúan excluyendo la aplicación del principio en dos supuestos:

a) En la fijación de los hechos por el juez. Esta fijación debe realizarse de conformidad con las reglas de distribución de la carga de la prueba, de forma que no es posible considerar probado o no un hecho porque así se favorezca al trabajador, sino ateniéndose a aquella distribución, en cuya virtud la carga probatoria de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al que la formula, demandante o re-

conviniente, en tanto que la de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes es atribuida al demandado o al reconvenido (art. 217 LEC). No obstante, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento laboral esa ordinaria distribución de la carga probatoria aparece alterada en determinados supuestos a favor del trabajador mediante su inversión relativa (por ejemplo, en litigios sobre discriminación y sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: art. 96 LJS), lo que puede facilitar la aplicación del *principio in dubio pro operario*.

b) En la imposibilidad de modificar los hechos declarados probados por la sentencia que se recurra, dado que, en virtud del principio de la inmediación que rige el proceso laboral, tales hechos han sido percibidos y probados ante el *juez a quo*. Por ello, el principio sólo opera respecto de la consecuencia jurídica anudada al hecho probado y en la medida en que, como se ha visto, las pautas de interpretación conduzcan a una pluralidad de sentidos posibles del precepto o preceptos aplicables al caso controvertido.

En suma, como puede apreciarse, el *principio in dubio pro operario* tiene un estrecho margen de utilización en el ámbito interpretativo que le es propio, esto es, el de la jurisdicción. Por ello, el trato de favor al trabajador encuentra su mayor operatividad cuando se canaliza mediante la vertiente reguladora del mismo como *principio pro operario*. Pero también en esta esfera aplicativa se registra un claro debilitamiento del mismo a causa del retroceso que vienen experimentando los mínimos de derecho necesario en la norma estatal, ya sea mediante su supresión, ya sea en virtud de su carácter supletorio para el convenio colectivo o dispositivo para el contrato de trabajo.

III. APLICACIÓN TEMPORAL Y TERRITORIAL DE LAS NORMAS LABORALES

1. Aplicación temporal de las normas laborales

La regulación de la aplicación temporal de las normas laborales se rige por dos criterios principales. Atendiendo al primero de ellos, puede apreciarse que las reglas generales del ordenamiento común sobre la vigencia de las normas son plenamente trasladables a las de carácter laboral. Ello resulta incontrovertible en lo tocante a los límites que jalonan la vigencia de las normas, ya se trate de su entrada en vigor (art. 2.1 CC), ya del fin de su vigencia (art. 2.2 CC), aplicables ambos a las normas laborales de carácter estatal y convencional. Tampoco es cuestionable esa aplicación cuando se trata del principio general de irretroactividad de las normas, sólo exceptuado por disposición en contrario de la nueva norma (art. 2.3 CC), principio que cuenta con fundamento constitucional respecto de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (que el TC ha reconducido, con argumentos jurídicamente controvertibles, a los derechos fundamentales del Título I CE: SSTC 27/1981 y 7/1982). La seguridad jurídica que sustenta este principio encuentra abundante aplicación en el ámbito de las relaciones laborales (por ejemplo, la Disp. Trans. 2.ª ET, en cuya virtud determinadas modalidades de contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 18/1993 continuaron rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron y no por la posterior modificatoria del ET en este extremo).

El segundo criterio apuntado permite descubrir, como rasgo característico de las normas laborales, la frecuencia del recurso a la *retroactividad in melius* al amparo de la libertad reguladora que el artículo 2.3 CC concede al legislador a este respecto. Esta aplicación retroactiva de la nueva norma tiene una doble justificación. De un lado, procura evitar una transición brusca entre normas, defraudatoria de las legítimas expectativas de los sujetos que adquirieron derechos o facultades al socaire de la norma derogada o que, incluso, estaban en situación de adquirirlos. De otro, pretende dispensar un tratamiento más favorable para el trabajador en aquellos casos en que la norma anterior no lo proporcione o lo haga en inferior medida. En estos supuestos, la retroactividad puede tener un grado máximo, aplicándose por tanto la nueva norma a la situación anterior y a todos sus efectos producidos y consumados (por ejemplo, Disp. Trans. 11.ª ET para la excedencia por cuidado de hijos en determinadas condiciones); un grado medio (la nueva

norma se aplica a la situación anterior y a los efectos nacidos durante su vigencia pero aún no ejecutados consumados: por ejemplo, Disp. Trans. 4.ª2 RDL-MURMET que permite la aplicación de esta norma a los expedientes de regulación de empleo de carácter temporal en tramitación a la entrada en vigor de la misma), o un grado mínimo (la nueva norma rige los efectos de la situación anterior nacidos y ejecutados o consumados con posterioridad a aquélla). La retroactividad en sus grados medio y mínimo es una técnica de usual utilización en la negociación colectiva, señaladamente en materia de retribuciones cuando éstas son mejoradas por el nuevo convenio y aplicadas retroactivamente una vez que se produce la entrada en vigor del mismo.

2. Aplicación territorial de las normas laborales

La progresiva movilidad del capital y del trabajo más allá de las fronteras estatales, provoca que la aplicación de las normas laborales supere cada vez con mayor frecuencia el territorio sobre el que ejercen su soberanía los Estados y en el que, por ende, sus normas jurídicas son de aplicación. La abundante presencia de elementos de extranjería en las relaciones laborales obliga a modular el principio de territorialidad de las normas y, en consecuencia, a regular la posible colisión que entre éstas puede producirse por ese motivo en el ordenamiento laboral; regulación dirigida a determinar la ley nacional aplicable a las relaciones laborales. Debe diferenciarse claramente esta determinación de la ley material, de la que también ha de efectuarse por el órgano judicial a fin de establecer la competencia de la jurisdicción social española, regida por el Reglamento comunitario 4/2001, de 22 de diciembre de 2000 e independiente de la norma sustantiva que deba ser aplicada (Capítulo 23, IV, 3).

La determinación de la ley material aplicable puede realizarse mediante dos clases de instrumentos normativos. De un lado, los convenios o acuerdos internacionales de carácter bilateral o multilateral, que establecen la ley nacional aplicable a los sujetos incluidos en su ámbito. De otro, las normas de aplicación establecidas en la esfera comunitaria y en el EEE.

A su vez, estas últimas normas se desglosan en una doble manifestación, general y particular. En su vertiente general, la norma hoy vigente (desde el 17-12-2009) es el Reglamento comunitario 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que ha venido a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. De la vertiente particular de esta ordenación comunitaria se ocupa la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la LDT, reguladora de desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, objeto de estudio en el lugar correspondiente [Capítulo 12, II, 4, C)].

A) La ley aplicable al contrato de trabajo

Centrándonos aquí en el plano regulador general, las reglas básicas que recoge el Reglamento CE/593/2008 sobre esta materia están presididas por el criterio de prevalencia relativa de la autonomía de la voluntad, conforme a las siguientes reglas (arts. 3.1, 8, 9 y 12 Reglamento 593/2008), que prevalecen sobre las normas internas de los Estados miembros, y, por tanto, sobre las normas del ordenamiento común (arts. 8.1 y 10.6 CC), aunque, con algunos matices, existe amplia coincidencia entre las primeras y las segundas.

1.ª El contrato de trabajo se regirá por la ley elegida por las partes. La elección ha de manifestarse de forma expresa o resultar «de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso», pudiendo afectar a la totalidad o a una parte del contrato. Tal elección no es irreversible, dado que las partes pueden convenir posteriormente que el contrato se rija por una ley distinta a la aplicable con anterioridad. La ley aplicable conforme a la elección regirá la interpretación del contrato; el cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias de su incumplimiento, total o parcial; los diversos modos de extinción de dichas obligaciones contraídas; la prescripción y caducidad basadas en la expiración de un plazo; así como las consecuencias de la nulidad del contrato.

La ley elegida no puede «tener por resultado privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo». Esta perífrasis ha de entenderse referida en nuestro ordenamiento al conjunto de disposiciones legales de derecho necesario, así como a los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo conforme prescribe el artículo 3.5 ET. La autonomía individual no puede utilizarse, como se ve, en perjuicio de los derechos indisponibles para el trabajador.

2.ª La falta de elección de las partes, franquea el paso a ciertas reglas que determinan la ley aplicable al contrato de trabajo por vía supletoria:

a) En primer término, «la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente», no considerándose que cambia de país cuando realice «con carácter temporal su trabajo en otro país».

b) Si no fuera posible determinar la ley aplicable conforme a la regla anterior, bien porque la prestación de servicios no se realiza habitualmente en un mismo país o bien porque se realiza fuera de la jurisdicción de un Estado (por ejemplo, trabajo en plataformas petrolíferas en alta mar), será de aplicación la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

c) Las dos reglas precedentes serán inaplicables cuando del conjunto de circunstancias que rodean a la prestación de servicios se derive que el contrato tiene vínculos más estrechos con un país distinto al señalado en dichas reglas, aplicándose en tal caso la ley de ese otro país.

Nuestro ordenamiento laboral presenta un supuesto que encaja en esta última regla supletoria. Conforme al mismo, se establece la aplicación de la legislación española «al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo». A estos trabajadores se les garantizarán, al menos, «los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en el territorio español» (art. 1.4 ET). Un segundo supuesto establece una regla específica en materia concursal y laboral cuando concurra un elemento de extranjería. En este caso «Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se regirán exclusivamente por la ley del Estado aplicable al contrato» (art. 207 LCo).

Es relevante tener en cuenta que la ley que resulte aplicable, ya sea por elección ya sea subsidiariamente, ha de respetar en todo caso las «leyes de policía» del lugar de ejecución del contrato. Por ley de policía ha de entenderse en este contexto «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

B) Ley aplicable a las relaciones colectivas de trabajo

El silencio de la norma comunitaria sobre la ley aplicable a las relaciones colectivas de trabajo, ha sido cubierto por la doctrina judicial y científica. De este modo, la ley aplicable a los conflictos colectivos de trabajo, incluida la huelga, es la del lugar en que el conflicto se desarrolla, aunque de la legislación aplicable al contrato de trabajo pueda resultar una solución distinta (STS 27-11-1982 para el caso de huelga, ilegal en el país de prestación de los servicios por trabajadores españoles pero legal conforme a nuestro ordenamiento). Respecto de los convenios colectivos, la ley aplicable es la del lugar en que se encuentren sus ámbitos de aplicación, que, hasta el presente, guarda correspondencia con la ley común de las organizaciones de empresarios y trabajadores que los hayan celebrado.

BIBLIOGRAFÍA

I. Aplicación e interpretación de las normas laborales: principios

Alarcón Caracuel, M. R.: «La vigencia del principio «pro operario», en AAVV: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manual Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

Cabeza Pereiro, J., y Fernández Prol, F.: «Principios de aplicación de las normas laborales», en Sempere Navarro, A. V. (dir.): *El modelo social en la Constitución española de 1978,* MTAS, Madrid, 2003.

Camps Ruiz, L.: *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

De la Villa Gil, L. E.: «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales», *RPS*, n.º 85/1970.

Desdentado Bonete, A.: «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario?*, *RL*, 2003, I.

Díaz Aznarte, M. T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Barcelona, 2001.

Martín Valverde, A.: «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos», en De la Villa Gil, L. E., y López Cumbre, L.: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2003.

Mercader Uguina, J. R.: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable» *REDT*, n.º 107/2002.

Montoya Melgar, A.: «La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales», *RMTI*, n.º 88/2010.

Ojeda Avilés, A.: *La renuncia de los derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

Sagardoy Bengoechea, J. A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo.* Madrid, 1989.

Sala Franco, T.: «El principio de condición más beneficiosa», *RPS*, n.º 114/1977.

II. Aplicación temporal y territorial de las normas laborales

Álvarez de la Rosa, M.: «La dimensión temporal de las normas laborales».

Casas Baamonde, M. E.: «Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *RL*, 1993, II.

Galiana Moreno, J.: «Trabajo de los españoles en el extranjero», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, Madrid, 1990.

PARTE SEGUNDA:
DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

CAPÍTULO 4: DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO Y DERECHO AL TRABAJO

I. DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO: CONCEPTO Y PRINCIPIOS REGULADORES

1. Concepto

El Derecho Individual del Trabajo es un subsistema de principios y normas integrado en el sistema del Derecho del Trabajo, cuyos destinatarios principales son los sujetos de la relación individual de trabajo (trabajador y empleador). Como es fácilmente comprensible, en el Derecho Individual del Trabajo existen conexiones funcionales con los restantes subsistemas que integran el sistema del Derecho del Trabajo, esto es, con el Derecho Colectivo del Trabajo y con el Derecho Administrativo y Procesal del Trabajo (por ejemplo, regulación de cláusulas de empleo en los convenios colectivos, registro de éstos por la autoridad laboral o impugnación de tales instrumentos negociales a través de la correspondiente modalidad procesal). Pero estas conexiones de orden funcional, ya sean sustantivas ya sean adjetivas, no impiden acotar el ámbito propio en el que cada uno de tales subsistemas opera de modo principal.

Para el Derecho Individual del Trabajo, ese ámbito se configura desde un doble plano, subjetivo y objetivo, de imputación normativa. En el plano subjetivo, el foco de la regulación viene dado de forma prioritaria por el principio constitucional de autonomía individual [Capítulo 2, II, 1, B)] y, especialmente, por su proyección en el trabajo asalariado, sin perjuicio de la parcial atención que la norma laboral dispensa a otras formas de trabajo dependiente en línea con la vocación tuitiva pro trabajador que el ordenamiento laboral tiene encomendada. Bajo el plano objetivo, el centro de regulación de este subsistema normativo atiende básicamente a la materia del empleo, considerada en una acepción amplia, que abarca, no únicamente el plano de la colocación o acceso al empleo, sino las distintas fases por las que discurre la relación laboral individual y en las que el empleo está involucrado de manera principal (inicio, desarrollo y extinción).

La íntima relación apreciable entre los planos subjetivo y objetivo del Derecho Individual del Trabajo, permite definirlo como un subsistema de principios y normas, integrado en el Derecho del Trabajo, que regula la configuración y la tipología del empleo (contrato de trabajo y modalidades contractuales) y su dinámica (acceso al empleo, fomento del empleo, calidad del empleo y estabilidad en el empleo), con un designio protector del trabajo dependiente.

2. Principios reguladores

El entramado de disposiciones y reglas que integran el referido subsistema normativo obedece a unos principios específicos, que, a su vez, constituyen manifestación normativa señalada del principio constitucional de autonomía individual en la relación de trabajo, sin que por ello dejen de tenerse en cuenta en este territorio normativo los principios reguladores genéricos pro empleador y pro empresa (art. 38 CE), dado el carácter transversal de éstos en el Derecho del Trabajo. Sobre el carácter específico de los principios que operan en este subsistema debe efectuarse dos precisiones. La primera consiste en señalar que en ningún caso actúan como fuente supletoria del subsistema a título de principios generales del Derecho, sino que cumplen una doble función: directriz de las disposiciones que los desarrollen e informadora en la interpretación de las reglas que los recogen. La segunda precisión permite advertir que tales principios específicos no impiden la operatividad en este subsistema de los principios aplicativos del Derecho del Trabajo, ya estudiados en su momento (Capítulo 3, I).

El ordenamiento laboral no contempla los principios específicos del Derecho Individual del Trabajo de forma unitaria y sistemática, debiéndose proceder a su identificación en distintas normas para obtener un catálogo básico de los mismos. Aunque cada uno de tales principios exhibe un contenido propio, esto no impide que exista una estrecha conexión entre algunos de ellos (por ejemplo, entre el principio de adecuación del empleo y el principio de calidad del empleo).

a) El principio de adecuación del empleo, cuya finalidad estriba en lograr el mayor ajuste posible, cuantitativo y cualitativo, entre la oferta y demanda de empleo (art. 1 LEM), tanto en el momento de la contratación como posteriormente. Un ejemplo destacado de este principio es la regulación de la intermediación laboral que llevan a cabo ciertos organismos y entidades.

b) El principio de no discriminación en el acceso al empleo y en el empleo (arts. 22 bis LEM y 17.1 ET), que pretende evitar todo tipo de discriminación, directa e indirecta, en la fase de acceso al empleo, así como una vez se ha iniciado la prestación de trabajo. La normativa comunitaria también recoge con firmeza este principio (arts. 1, 2 y 3 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre).

c) El principio de preferencia del mercado estatal de trabajo, que restringe el acceso al mismo de los trabajadores extracomunitarios en relación con los trabajadores españoles (art. 36 LOEX).

d) El principio de fomento de empleo (arts. 40.1 CE y 1 LEM), es un criterio regulador que, mediante determinados programas y medidas de estímulo y promoción, pretende alcanzar el pleno empleo de la población activa (por ejemplo, mediante subvenciones a la contratación laboral o a través de medidas de reserva o preferencia en el empleo a determinados colectivos con dificultades de incorporación al mismo). Por tanto, este principio opera en el plano cuantitativo del empleo buscando la reducción máxima de la tasa de paro.

e) El principio de calidad del empleo (arts. 1 LEM y 2 LES, y Disp. Adic. 10.ª ET), es un criterio regulador de ciertas instituciones laborales que pretende dotar a la relación individual de trabajo del máximo nivel cualitativo en el marco de una economía sostenible, de forma que dicha relación se ajuste al modelo del empleo digno o decente. Cuenta con dos manifestaciones principales. La primera se expresa en la configuración del contrato de trabajo y en la regulación de los tipos contractuales que permiten desempeñar un trabajo dependiente. La segunda incide tanto en el ámbito de los presupuestos que permiten dotar de un contenido cualitativo al empleo (por ejemplo, la formación profesional), como en el de las condiciones de empleo en que tales presupuestos se proyectan (por ejemplo, el tiempo de trabajo o la prestación retributiva). Ambas vertientes se condensan en la noción de *empleo digno*, que la OIT identifica como «la mejor garantía contra la pobreza y la exclusión social»: Dictamen del CESE de 14-2-2013, apartado 1.8), o de *empleo decente* «que es sinónimo de trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada.» (Memoria del Director General sobre el trabajo decente en la 87ª reunión, de junio de 1999, de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT).

f) El principio de estabilidad en el empleo, vertido normativamente como criterio de mantenimiento del empleo en el marco de los objetivos de la política de empleo [art. 2.*h*) LEM] y de las calificadas como políticas activas en la materia (art. 23.1 LEM), implica utilizar un criterio regulador de las instituciones que, de un lado, proporcionen a la relación individual de trabajo la máxima continuidad y, de otro, eviten el ejercicio irregular del poder directivo y modificativo del empleador. Se trata aquí de garantizar las dos facetas en que se manifiesta dicho principio. En primer lugar, la estabilidad en la empresa, orientada a potenciar la continuidad de la relación contractual de trabajo, así como a delimitar sus justas causas de extinción (por ejemplo, incentivando la contratación laboral indefinida o impidiendo que empresas con beneficios puedan decidir despidos colectivos). En segundo término, la estabilidad en el puesto de trabajo, mediante la fijación de límites al ejercicio del poder directivo y modificativo del empleador, a fin de evitar su uso abusivo o injustificado (por ejemplo, prohibiendo la asignación permanente de funciones que no se corresponden con la calificación profesional del trabajador).

g) *El principio de causalidad en la contratación temporal.* Configurado por la jurisprudencia como garantía del principio de estabilidad en el empleo sobre la base del artículo 15.1 ET, determina la aplicación del criterio objetivo en la contratación laboral de duración determinada, con arreglo al cual las necesidades permanentes de trabajo asalariado en la actividad de la empresa deben cubrirse con contratos de trabajo indefinidos, admitiéndose la contratación temporal tan sólo cuando existe causa legal objetiva para su utilización (SSTS 17-10-2006, 15-11-2007 y 17-1-2008).

h) El principio de protección del desempleo (art. 1 LEM), en cuanto criterio regulador pretende paliar la falta de ocupación del trabajador cuando concurran determinadas circunstancias legalmente establecidas. Aunque la normativa vigente lo integra dentro de la materia del empleo, este principio no encaja conceptualmente en la misma, sino en la ausencia de empleo, buscando amortiguar el consiguiente desempleo. Su inclusión en el ámbito material del empleo obedece al estrecho ligamen que la norma legal establece entre el mismo y algunos de los mencionados principios, mediante la coordinación de las políticas activas y pasivas de empleo (*infra* III, 2).

II. EL DERECHO AL TRABAJO: CARACTERIZACIÓN Y ESTRUCTURA

1. Caracterización

De acuerdo con la doctrina constitucional (STC 22/1981), el derecho al trabajo es un derecho de contenido complejo, que presenta una doble dimensión, individual y colectiva. En su dimensión individual o directa ese derecho se regula en el artículo 35.1 CE. Desde su dimensión colectiva o indirecta, el derecho al trabajo comporta un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo (art. 40.1 CE). Esta segunda faceta aparece como un componente indispensable del derecho al trabajo, dado que la política de empleo es el presupuesto económico-jurídico para que ese derecho pueda ejercerse realmente. Obsérvese que, en sentido técnico, esta segunda dimensión no forma parte en rigor del derecho al trabajo, que, desde esta óptica, muestra una naturaleza, titularidad y ejercicio estrictamente individuales. Lo que la dimensión colectiva del derecho al trabajo pretende subrayar, desde un prisma de política del Derecho, es el estrecho maridaje de aquélla con su vertiente individual, reflejado en el condicionamiento o presupuesto económico-jurídico que posee ese aspecto colectivo, sin cuyo eficaz concurso el derecho al trabajo en sentido propio o técnico queda, en la práctica, vacío de contenido y sin posibilidad real de ejercicio.

Desde su dimensión individual, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE debe caracterizarse como un derecho subjetivo, constitucional y prestacional.

En cuanto *derecho subjetivo*, el derecho al trabajo aparece como un poder jurídico, dotado de una estructura determinada, que habilita a su titular para el ejercicio de una serie de facultades agrupadas de forma unitaria. Destacar este carácter resulta relevante, cuando menos, por dos razones.

En primer lugar, porque pone de manifiesto que el reconocimiento normativo por el Estado del derecho al trabajo es el resultado de un proceso histórico que permitirá distinguir con claridad entre libertad de trabajo y derecho al trabajo. Ese proceso arranca con la Revolución Francesa de 1789, admitiendo la libertad de trabajo e industria como uno de los necesarios pilares del liberalismo económico sobre los que se asentará el naciente sistema capitalista frente a la organización gremial, llega hasta el reconocimiento por vez primera del derecho al trabajo en la Constitución de Weimar de 1919 y se extiende posteriormente a otros textos constitucionales y normas internacionales, entre las que descuellan la DUDH (art. 23.1) y el PIDESC (art. 6.1). Conviene subrayar que la inclusión en estos últimos textos del derecho al trabajo no sólo se realiza a título de derecho subjetivo, sino de derecho humano, inherente por tanto a la condición de persona, pues ello tiene importantes consecuencias en el orden interpretativo.

En segundo término, la importancia de destacar el carácter de derecho subjetivo del derecho al trabajo, radica en el hecho de superar la concepción de principio programático que el liberalismo económico y jurídico ha venido atribuyendo a aquel derecho. Configurar el derecho al trabajo como un derecho subjetivo aboca, pues, a reconocerle la estructura propia de este tipo de poder jurídico —es decir, unos sujetos, un objeto y un contenido—, junto con unas determinadas garantías administrativas y jurisdiccionales. De ello se desprende que el derecho en cuestión no puede diluirse en una mera declaración programática que difumine o desconozca dicha estructura y garantías.

La consideración del derecho al trabajo como un *derecho constitucional* lleva aparejada tres significativas consecuencias en el orden de las garantías que lo rodean en nuestra norma fundamental:

1.ª La vinculación inmediata y directa del derecho respecto de los poderes públicos y de los sujetos sobre los que recaigan las distintas obligaciones dirigidas a su satisfacción (arts. 9.1 y 53.1 CE). Una consecuencia principal de ello es que el ejercicio del derecho, de las facultades que integran su contenido, no puede quedar diferido al dictado de las normas que lo desarrollen.

2.ª La aplicación de las garantías constitucionales de que gozan los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, Título I de la CE: reserva de ley (relativa) en su regulación y respeto a su contenido esencial en el desarrollo legal del mismo, una vez que se hayan delimitado los contornos de ese contenido esencial.

3.ª El contenido real del derecho contemplado en el artículo 35.1 CE, tal como ha sido delimitado por la doctrina constitucional y científica, puede, sin duda, ser objeto de tutela judicial. Dos vías resultan practicables a este propósito.

De un lado, la que ofrece el recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.*a*) CE], frente a leyes y disposiciones normativas con rango de ley que violen el derecho en cuestión. De otro, la que brinda una interpretación *a sensu contrario* del artículo 53.2 CE, que permite a los diversos órdenes de la jurisdicción ordinaria según la naturaleza del acto lesivo del derecho al trabajo y por un procedimiento también ordinario, conocer de las pretensiones deducidas ante los mismos frente a los actos o decisiones que hayan podido conculcar el derecho en cuestión.

Por último, que el derecho al trabajo admita la calificación de *derecho prestacional* supone que forma parte de los derechos sociales, cuya finalidad principal es garantizar la igualdad y la libertad reales y efectivas, lo que exige una acción normativa y organizativa decidida por el Estado (art. 9.2 CE), asegurando un bienestar básico y generalizado al conjunto de los ciudadanos (STC 18/1984).

2. Estructura: sujetos, objeto y contenido

Como todo derecho subjetivo, la estructura del derecho al trabajo está integrada por unos sujetos, un objeto y un contenido.

A) Sujetos

a) Sujetos titulares

a') Trabajadores asalariados

Los sujetos del derecho al trabajo no son sólo los españoles, como puede inferirse de la literalidad del artículo 35.1 CE. También tienen que incluirse en su ámbito de aplicación los extranjeros comunitarios (nacionales de un estado miembro de la UE), que, en la actualidad, disfrutan de los derechos de libre entrada, salida, circulación y residencia en España, así como del libre acceso a cualquier actividad laboral, por cuenta propia o ajena, en las mismas condiciones que los españoles (Capítulo 7, III, 3). Los extranjeros extracomunitarios, aunque no se sitúan en igualdad con respecto a los españoles y extranjeros comunitarios en lo referente al acceso al empleo, sí disfrutan del resto de los derechos que integran el derecho al trabajo una vez que se encuentran legalmente en el territorio español (Capítulo 7, III, 4). El artículo 4.1.*a*) ET identifica de forma técnicamente más correcta la mayor amplitud del ámbito subjetivo del derecho al trabajo, al reconocerlo a «Los trabajadores» en general, sin ninguna mención a la nacionalidad u otra circunstancia personal o social.

El derecho al trabajo está modalizado en parte de su contenido para los trabajadores condenados en instituciones penitenciarias (art. 25.2 CE), que desarrollan su actividad en el marco de una relación laboral de carácter especial [art. 2.1.*c*) ET], teniendo en cuenta la finalidad de su prestación de servicios y el lugar donde se ejecuta [*infra* 2, C)].

b') Trabajadores autónomos

Un acercamiento a la dicción textual del artículo 35.1 CE permite afirmar que no existe ninguna exclusión que afecte al derecho al trabajo de los trabajadores autónomos, puesto que, no sólo este derecho sino los restantes derechos profesionales que en este precepto se reconocen, comprenden a todos los trabajadores, ya sea por cuenta propia o ajena. Este reconocimiento no está impedido por el mandato al legislador que contiene el número 2 de dicho precepto para que regule un estatuto de los trabajadores, porque, si bien el ET se ha decantado básicamente por la ordenación del trabajo asalariado, tampoco ignora por completo al trabajo autónomo cuando lo excluye parcialmente de la legislación laboral, ya que exceptúa de esta exclusión los aspectos que el legislador, de modo expreso, estime conveniente someter a dicha legislación (Disp. Final 1.ª ET).

Dicho reconocimiento podría cuestionarse dado que la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, ha discurrido sobre la base de que son tan sólo los trabajadores asalariados los sujetos facultados para ejercer los derechos que, a su vez, integran el contenido del complejo derecho al trabajo. Pero hay que tener cuenta que el tratamiento judicial de tales derechos se produce a partir de conflictos suscitados en el marco del trabajo asalariado, lo que, si bien dificulta la producción de una doctrina que afecte al trabajo autónomo en este punto, no clausura en modo alguno su posibilidad futura a la luz de las oportunas pretensiones judiciales.

En todo caso dicha objeción carece ya de fundamento, pues el artículo 4.2.*a*) LETA, en coherencia con la amplitud del ámbito subjetivo del artículo 35.1 CE, reconoce el derecho al trabajo al trabajador autónomo contemplado en esa norma legal.

c') Funcionarios

Se encuentran excluidos del derecho al trabajo contemplado en el artículo 35.1 CE los funcionarios y el personal sujeto a una relación administrativa de servicios, ya que «el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el artículo 103.3 de la Norma Fundamental y no en el 35»

(STC 99/1987). De forma más específica, el derecho al trabajo de los jueces y magistrados cuenta con una regulación singular en los artículos 117 y 122 CE (STC 108/1986).

El efecto inmediato de esta doctrina constitucional es la inviabilidad de aplicar el contenido del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE a dicho personal, con la esencial consecuencia de las menores garantías constitucionales que, dado su emplazamiento, brindan indirectamente los artículos 103.3, 117 y 122 CE al derecho al trabajo de los sujetos de una relación de empleo público respecto del derecho de esa misma denominación contemplado en el artículo 35.1 CE.

b) Sujetos obligados

El empleador, en cuanto sujeto de una relación laboral individual de trabajo asalariado, ya sea persona física o jurídica, pública o privada, es la persona obligada a satisfacer el contenido del derecho al trabajo contemplado en los artículos 25.2 y 35.1 CE.

El reconocimiento constitucional (art. 35.1 CE) y legal (art. 4.2.ª LETA) del derecho al trabajo del trabajador autónomo, permite identificar como sujeto obligado a satisfacer el contenido que tal derecho incluya en ese ámbito al cliente o usuario que celebre con aquél el correspondiente contrato de actividad (por ejemplo, el derecho a la no discriminación tanto en la contratación de sus servicios como en las condiciones del ejercicio profesional: art. 6.2 LETA).

Por lo que hace a los funcionarios y al personal sujeto a una prestación de servicios de carácter administrativo, cada uno de los organismos en que se estructuran las Administraciones Públicas en sus distintos niveles territoriales es quien debe dar cumplimiento a las obligaciones que deriven del contenido del derecho al trabajo de tales empleados públicos (art. 8.1 LBEP). Tal derecho no se les reconoce de modo expreso en su Estatuto Básico, pero en éste se recogen otros que integran el contenido de aquél, tales como el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional o a no ser objeto de discriminación en su empleo [art. 14.*a*), *b*) e *i*) LBEP].

B) Objeto

Aceptando que el objeto del derecho subjetivo es aquella área de la realidad social que sirve de base a la situación de poder reconocida a su titular, el derecho constitucional al trabajo encuentra su objeto precisamente en la realidad social del trabajo susceptible de conformar la titularidad del derecho.

Ahora bien, el trabajo, en cuanto realidad social, no posee unos perfiles inamovibles, sino que su noción es tributaria de la evolución histórica que experimenta el contexto económico, político y jurídico en que esa forma de actividad humana se desenvuelve. Observando de modo general esa evolución en el marco del sistema capitalista, el trabajo ha pasado de ser un bien escaso, a ser un bien devaluado y precario. A pesar de tratarse de un bien económico y moral de la mayor entidad, su valor social ha sido erosionado gradualmente, sobre todo desde la década de los setenta, mediante determinados procesos de cambio sociopolítico, presididos por la primacía del mercado, y del consecuente principio de rendimiento de la fuerza de trabajo, respecto del Estado.

Ese desgaste se halla estrechamente vinculado a distintos factores, tales como las nuevas formas de organización del trabajo, la utilización de las nuevas tecnologías al servicio prioritario del beneficio económico inequitativamente distribuido o el estímulo del consumismo a fin de mantener una tasa de beneficio generadora de enormes diferencias de renta. Modificaciones impuestas, sobre todo, por las consecuencias negativas de la globalización capitalista (deslocalización de empresas y consiguiente aumento del desempleo, reducción de costes salariales, economía irregular…). Todo ello conforma, como objeto sobre el que se proyecta el derecho del trabajo, un tipo de trabajo sumamente inestable, con condiciones de trabajo deterioradas, con escasas perspectivas de promoción profesional y con altas tasas de desempleo, quedando

maltrechas la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), supeditadas así a la lógica prevalente del mercado en el orden económico existente.

C) Contenido

La delimitación doctrinal y jurisprudencial del contenido del derecho al trabajo ha reducido las legítimas expectativas que sin duda provoca la anterior caracterización constitucional del mismo. El señalamiento del perímetro que abarca el contenido del derecho al trabajo puede trazarse utilizando dos vías, excluyente una e inclusiva la otra, de suerte que, por rutas opuestas, ambas permiten cincelar su contenido constitucional y legalmente exigible.

a) La vía excluyente

Este cauce delimitador presenta, a su vez, dos tipos de exclusiones: originaria y derivada. La primera expulsa del contenido del derecho su expresión consustancial, plasmada en el derecho a un puesto de trabajo, en tanto que la segunda aparta de aquel contenido otra figura próxima, aunque complementaria de aquel derecho, cual es la libertad profesional, que, no obstante, mantiene un contenido propio exigible.

a') Exclusión originaria

Al delimitar el contenido complejo del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, la doctrina científica conviene mayoritariamente en que tal derecho no puede fundar la garantía de un empleo para cada trabajador, en cuanto derecho subjetivo que le habilite para reclamar un puesto de trabajo frente al empleador. Las principales razones que se esgrimen a este propósito son tres.

En primer lugar, a causa de la existencia de un paro friccional inherente al sistema económico capitalista, derivado de la movilidad de la fuerza de trabajo en un modelo constitucional de relaciones laborales que facilita esa movilidad al proclamar la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) y el derecho a elegir libremente residencia y circular por el territorio nacional (art. 19 CE).

En segundo término, porque el deber de trabajar contemplado, asimismo, en el artículo 35.1 CE, no presupone, en cuanto correlato lógico, la identificación del derecho al trabajo con el derecho a la obtención de un puesto de trabajo, dado que la doctrina científica viene negando al citado deber el carácter de deber jurídico, situándolo en el terreno del deber moral o de la obligación social, al modo en que se concebía, en este segundo caso, por el artículo 46 de la Constitución republicana de 1931, que aludía a esa faceta obligatoria colectiva al identificar «el trabajo como bien de la colectividad». La negativa a considerar el deber de trabajar como un deber jurídico, encuentra sólidos fundamentos constitucionales, derivados de los derechos de libertad de residencia y desplazamiento (art. 19), de la prohibición de los trabajos forzosos (art. 25.2), y del derecho de elegir libremente profesión u oficio (art. 35.1) que supone voluntariedad, cuando menos jurídica, en la celebración del contrato de trabajo.

Esta conclusión no se invalida ante la regulación de sanciones de pérdida temporal o definitiva de las prestaciones por desempleo cuando se rechace por el trabajador una colocación adecuada [arts. 17.2 y 47.1 LISOS, en relación con los arts. 212.1.*a*), 213.1.*c*) y 231.1.*c*) y 3 LGSS]. Y ello porque estas sanciones no son consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico de trabajar, sino de una carga impuesta por la ley al trabajador si éste no desea perder el derecho a la prestación, siendo libre de aceptarla o no y debiendo arrostrar las consecuencias negativas en este último caso. Este entendimiento del citado deber es el único modo de salvar el doble rasero discriminatorio que supondría catalogarlo como obligación jurídica, exigida al trabajador que percibe prestaciones por desempleo y rechaza una colocación adecuada, y como exención del mismo para el ocioso acaudalado que, reuniendo las condiciones para desempeñar un trabajo productivo, opta por vivir de las rentas, pues, aunque la propiedad haya de cumplir una función

social, resulta innegable que los correctivos para el opulento insolidario son realmente simbólicos en el actual sistema económico y jurídico.

En tercer lugar, y sobre todo, por el hecho de que la oferta de empleo depende mayoritariamente de sujetos privados, los empleadores, cuya decisión de crear empleo es libre y, en consecuencia, jurídicamente incoercible, al amparo de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y garantizada en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Sin embargo, este argumento no es convincente en el plano jurídico. Como ya se vio [Capítulo 2, II, 1, D)], la economía de mercado no se identifica de modo necesario con el sistema capitalista, ya que ese tipo de economía es compatible con otros sistemas que incorporen la planificación democrática de la economía y la distribución equitativa de la renta en interés general (arts. 38, 40.1, 128 y 131.1 CE). Tales sistemas permiten establecer otros mecanismos más eficaces para la libre creación y mantenimiento del empleo por la empresa privada y más acordes con la finalidad del Estado social y democrático constitucionalmente proclamado, sobre la base de potenciar las empresas de titularidad colectiva de los trabajadores, en especial las de carácter cooperativo y, al tiempo, replantear en profundidad las tradicionales medidas de política de empleo (abordando, por ejemplo, desde otro prisma, la formación profesional, la retribución del trabajo o la delimitación y distribución del tiempo de trabajo).

Desde la anterior objeción a esta vía excluyente, han de distinguirse dos tipos de contenido en el derecho al trabajo. Por un lado, un contenido real que, como ya se ha indicado, niega que este derecho incluya la garantía de un empleo para cada trabajador a partir de un determinado entendimiento reduccionista de la economía de mercado en la que actúa la libertad de empresa. Por otra parte, un contenido potencial, que teóricamente podría acoger aquel derecho de acuerdo con los intereses que el mismo pretende satisfacer si no existieran otros obstáculos que, en verdad, lo hacen actualmente impracticable a la luz de la predominante concepción del sistema económico y del valor que posee el trabajo en el marco del mismo, pero que pueden superarse a partir de otro entendimiento constitucionalmente admisible de la libertad de empresa.

Ciertamente, este contenido potencial es susceptible de realizarse teniendo en cuenta el carácter relativamente abierto y dinámico del modelo constitucional de relaciones laborales. Adviértase, en este orden de cosas, que el derecho al trabajo guarda estrecha relación funcional con la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, al igual que sucede con los restantes derechos sociales contemplados en el texto constitucional. En este sentido, debe recordarse que, conforme a la doctrina constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985). Integrando pues la dignidad personal esa faceta activa, que faculta al ser humano para decidir por sí mismo el sentido y el contenido de su proyecto vital siempre que con ello no limite injustificadamente derechos o libertades ajenos, no es posible negar que el derecho al trabajo constituye una pieza indispensable para poder trazar ese proyecto con suficiente autonomía y seguridad. De este modo, considerar excluida del derecho al trabajo la garantía de obtener un puesto de trabajo si se reúnen las condiciones exigidas para ello equivale a negar a la persona su propia dignidad al privarle de los medios materiales indispensables para construir una vida plena, en la que, por consiguiente, no tengan cabida ni la exclusión social ni la pobreza.

b') Exclusión derivada

Conforme a esta segunda exclusión, el contenido del derecho al trabajo debe deslindarse de otra figura próxima pero no identificable o subsumible en aquél: la libertad de trabajar, enunciada en el propio artículo 35.1 CE de modo independiente como derecho a la libre elección de profesión u oficio. La confusión entre estas dos figuras obedece a razones de índole histórica, dado que la reivindicación del derecho al trabajo por el pensamiento revolucionario ilustrado se va a plantear en un principio como libertad de trabajar frente a la rigidez heteronómica y la falta de adaptación al nuevo orden económico que suponía el sistema gremial para el emergente modo de producción capitalista y el liberalismo económico que lo

impulsa, integrándose bajo esa fórmula en algunas de las primeras constituciones liberales junto a la libertad de industria y comercio, para pasar por vez primera a ocupar el máximo rango normativo con la Constitución de Weimar de 31 de julio de 1919 (art. 163), como ya se señaló.

Como figura autónoma, el derecho a libre elección de profesión u oficio presenta, asimismo, un doble contenido, potencial y actual o real. Con arreglo a su contenido potencial el referido derecho tendría una dimensión positiva, funcional y complementaria respecto del derecho al trabajo, en el sentido de que la pretensión de un puesto de trabajo remunerado sólo se satisfaría de modo pleno cuando ese empleo se correspondiera con la profesión u oficio del trabajador libremente escogidos por éste. De acuerdo con ese contenido hipotético, todo ciudadano español o comunitario que tuviera la capacitación requerida podría seleccionar libremente la profesión o el oficio adecuados a dicha aptitud. Ahora bien, es preciso reconocer que esa posibilidad es actualmente inviable al estar condicionada a la existencia de una inexigible obligación empresarial de oferta de trabajo que, como regla general, colme el ejercicio del derecho a un puesto de trabajo.

Desde el prisma de su contenido actual o real, la libertad de trabajar responde a su carácter original de libertad negativa en las Constituciones del siglo XIX, concebida como un derecho de la persona a ejercer una actividad, profesión u oficio desde su libre elección y, por tanto, sin obstáculos externos a ese ejercicio. Considerada bajo esta dimensión negativa y actual, la libertad de trabajar supone el rechazo de toda compulsión, física o jurídica, que obligue al desempeño forzoso de un trabajo, cualquiera que sea su grado de forzosidad, al estar prohibido genéricamente este tipo de trabajo por la norma internacional (por ejemplo, el art. 1.1 del Convenio OIT 29/1930, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, o el art. 4.1 y 2 CEDHLF).

En suma, el reconocimiento constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio con un contenido actual tutelable, se dirige a evitar la imposición de una relación laboral de carácter obligatorio. Ello explica que la constitución de la relación individual de trabajo haya de ser voluntaria en el ámbito del trabajo asalariado [arts. 1.1 y 4.1.*a*) ET] —salvo las excepciones expresamente previstas en los arts. 30 y 31.3 CE atendiendo a la garantía de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos— y que no pueda impedirse la extinción de dicha relación cuando la misma es provocada por la voluntad del trabajador, exista o no justa causa para ello [arts. 49.1.*d*) y *j*) y 50 ET]. Tan sólo por vía excepcional y con justificación objetiva pueden establecerse limitaciones lícitas a esta vertiente de la libertad profesional, como son las relativas a los pactos de no concurrencia, exclusividad y permanencia o las derivadas de las normas sobre incompatibilidades en el sector público.

Con el mismo fundamento constitucional en el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), la relación individual de trabajo del trabajador autónomo es voluntaria en su constitución [art. 4.2.*a*) LETA], así como en su extinción cuando concurra un incumplimiento contractual grave del cliente en el caso del TRADE [art. 15.*e*) LETA]. Igual voluntariedad y fundamento se aprecia en la relación estatutaria del funcionario, tanto en la constitución de la misma —inviable si el nombrado no presta su consentimiento mediante el acto de toma de posesión aceptando el nombramiento discernido [art. 62.1.*d*) EBEP]—, como en su extinción, formalizada mediante la renuncia voluntaria a su condición [arts. 63.*a*) y 64.1 EBEP].

b) La vía inclusiva

La vía inclusiva del derecho al trabajo se estructura en torno a dos supuestos, subjetivos y objetivos. El primero permite incluir en tal derecho, por vía de excepción, la garantía de un puesto de trabajo, considerando las peculiaridades personales de ciertas clases de trabajadores asalariados. El segundo integra un conjunto de derechos reconocidos a cualesquiera trabajadores asalariados que se encuentren en determinadas situaciones normativamente establecidas.

a') Supuestos subjetivos

Estos supuestos evidencian la posibilidad de incluir en el contenido del derecho al trabajo la garantía de obtener un puesto de trabajo. Tal sucede en el ámbito del empleador público para los penados en instituciones penitenciarias y, de forma indistinta, en la esfera del empleador público y del privado respecto de los trabajadores discapacitados. En ambos casos, existe un fundamento normativo diverso que permite llevar a cabo estas inclusiones.

a") Penados en instituciones penitenciarias

Pese a la imposibilidad de vislumbrar el derecho a un puesto de trabajo en el artículo 35.1 CE, nuestro ordenamiento constitucional muestra un solo supuesto en el que, de modo expreso, se produce ese reconocimiento, bien que con diversa base normativa. Se trata del derecho «a un trabajo remunerado» de los penados en instituciones penitenciarias, reconocido en el artículo 25.2 CE, con las máximas garantías constitucionales, dada su ubicación en la Ley Fundamental, y con una imperatividad y precisión que no dejan lugar a dudas sobre su alcance, al establecerse ese derecho a favor del penado «En todo caso». En este supuesto, la estructura del derecho aparece completa al existir un auténtico derecho de crédito frente al Estado (el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente) a efectos del cumplimiento y efectividad del derecho al trabajo, lo que se explica por la finalidad reeducadora y de reinserción social que posee el trabajo para aquellos que cumplan penas privativas de libertad. Estamos, por tanto, ante un derecho subjetivo «exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas», como el TC se ha encargado de subrayar (STC 172/1989).

No debe pasarse por alto, empero, que si bien este criterio está respaldado por los claros términos de la LOGP, al establecer de forma imperativa que el trabajo de los internos «Será facilitado por la Administración» [art. 26.*e*)], el propio TC ha desleído notablemente el mandato que sobre el particular contiene el artículo 25.2 CE. En este sentido, el Tribunal ha configurado el derecho al trabajo remunerado que este último precepto acoge como de aplicación progresiva, lo que supone condicionar su efectividad a «los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata» (STC 172/1989).

La exhortación del TC a la Administración Penitenciaria en el sentido de que «debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas a su alcance», a la par que desvirtúa la posición reforzada y específica del derecho al trabajo remunerado de los penados en la CE, no va más allá de la indeterminada perspectiva temporal que el artículo 40.1 CE ofrece al derecho al trabajo del artículo 35.1 CE: la realización de una política orientada al pleno empleo. Para el indefinido lapso temporal que así se esboza, es decir, «Mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa», debe observarse el reglamentario orden de prelación de puestos de trabajo (STC 172/1989).

El correspondiente reglamento no ha vacilado a la hora de acoger esta censurable doctrina y de admitir, por tanto, que el citado derecho se supedita a una temporalidad indeterminada. Primero cuidando de precisar que el derecho al trabajo productivo y remunerado reconocido a los internos trabajadores no es ejercitable desde el mismo instante en que tiene lugar el internamiento, ya que queda condicionado al «que pudiere ofertar la Administración penitenciaria», lo que, en interpretación *a contrario* avalada por aquella doctrina, abre la posibilidad de que ese trabajo no pueda ofertarse durante un tiempo indeterminado, sin que ello sea constitucionalmente reprochable [art. 5.1.*c*) del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio]. En congruencia con ello, y en segundo lugar, fijando el referido orden de prelación para adjudicar los correspondientes puestos de trabajo a los internos, lo que equivale a admitir que el derecho en cuestión no puede satisfacerse simultáneamente para todos ellos (art. 3.2 del RD 782/2001). Aunque algunas de las circunstancias que se contemplan en este orden de preferencia no obedezcan necesariamente a la inexistencia de oferta de trabajo suficiente, sino a otras razones (por ejemplo, la aptitud laboral del interno en relación con

las características del puesto de trabajo), la mayor parte de ellas sí tiene un nexo más próximo en esa criticable insuficiencia (por ejemplo, la conducta penitenciaria, el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario o las cargas familiares).

b") Trabajadores discapacitados

El artículo 49 CE mandata a los poderes públicos al objeto de que amparen «especialmente» a los discapacitados para el disfrute de los derechos que el Título I de la Norma Fundamental reconoce a todos los ciudadanos, lo que incluye, claro está, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), inclusión que la ley ordinaria ratifica (art. 35.1 LEGEDIS). Este amparo está estrechamente conectado con el principio constitucional de no discriminación (art. 14 CE y art. 35.1 LEGEDIS), de modo que dichos poderes han de adoptar las medidas necesarias a fin de evitar el trato discriminatorio prohibido a los discapacitados. En materia de empleo, el legislador ordinario se hace eco de esa necesidad, habilitando, de modo general, a la Ley a fin de que pueda establecer, entre otras, medidas de reserva para ser contratado libremente (art. 17.2 ET).

De forma específica, la norma legal interna establece la denominada cuota de reserva para la contratación laboral de los trabajadores discapacitados, recogiendo las prescripciones del Convenio OIT 159/1983 (arts. 2 a 4). Conforme a esta previsión legal, se procede a fijar una cuota o porcentaje de reserva de un mínimo del 2 por 100 de los trabajadores discapacitados en las empresas públicas o privadas que empleen cincuenta o más trabajadores, computados sobre el censo total de la plantilla (art. 42.1 LEGEDIS). Aunque la regulación de medidas alternativas por el RD 364/2005, de 8 de abril, haya reducido, no siempre de modo justificado, la eficacia de esta medida [Capítulo 8, II, 1, A)], no es dudoso que estamos aquí ante una regla en cuya virtud el trabajador discapacitado puede exigir aquella cuota de reserva de puestos de trabajo en las empresas con aquel volumen de plantilla que no se hayan acogido a las antedichas medidas alternativas. Se trata de una medida impositiva para el empleador favorecedora del derecho a ocupar un puesto de trabajo, siempre que se reúnan las condiciones objetivamente exigibles para su desempeño y siempre que la libertad de selección del empresario del concreto trabajador con el que se formalice el contrato de trabajo quede a salvo, por formar parte del contenido esencial de la libertad de empresa; libertad de selección que debe ejercerse, desde luego, al margen de cualquier conducta discriminatoria prohibida. A esta salvedad de libre selección del trabajador se refiere el artículo 17.2 ET cuando faculta al legislador a fin de que pueda establecer por Ley exclusiones, reservas y preferencias «para ser contratado libremente».

El establecimiento legal de esta cuota de reserva no vulnera la libertad de empresa constitucionalmente garantizada. Nótese que, si bien las libertades de inversión, organización y contratación son elementos inexcusables de la libertad de empresa, se trata de libertades que pueden ser objeto de parcial restricción, siempre que quede a salvo la libertad de iniciar o abandonar la actividad empresarial (SSTC 83/1984 y 225/1993), ya que esta libertad conforma el contenido esencial de la libertad de empresa, de todo punto intangible por el legislador (salvo limitaciones derivadas del orden público o de la protección de derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos), en tanto que aquellas otras libertades de inversión, organización y contratación integran el contenido adicional de dicha libertad empresarial, susceptible, por tanto, de soportar limitaciones ordinarias introducidas por aquél (por ejemplo, normas sobre reestructuración de plantillas, preferencias de empleo o mantenimiento del volumen de empleo en determinados supuestos).

Este mayor constreñimiento a la libre decisión empresarial de contratar trabajadores, es una medida de política de empleo plenamente justificada desde una óptica constitucional que procure asegurar, en su concreto ámbito de operatividad, el derecho a ocupar un puesto de trabajo. En este sentido y de acuerdo con la doctrina del TC (STC 66/1995), la justificación de las medidas limitativas de los derechos fundamentales ha de alcanzarse mediante un juicio de proporcionalidad que atienda a su adecuación (si la medida es idónea en cuanto susceptible de conseguir el objetivo propuesto), a su necesidad (si no existe otra

medida más moderada para conseguir la finalidad con igual eficacia) y a su proporcionalidad en sentido estricto (si la medida es ponderada o equilibrada de modo que de ella se deriven más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto). Aunque no puede calificarse como derecho fundamental, estos parámetros concurren ciertamente en la limitación de la libertad empresarial de contratación laboral mediante la fijación de la cuota de reserva, a fin de facilitar el consiguiente ejercicio del derecho a ocupar un puesto de trabajo de los trabajadores discapacitados.

b') Supuestos objetivos

Aun cuando el derecho constitucional al trabajo no alberga, en términos generales, el derecho a exigir un puesto de trabajo, tampoco puede considerarse, sin embargo, como una simple quimera, como una posición jurídica carente de todo contenido. Posee sin duda un contenido determinado, diverso del anterior y de menor alcance desde el ángulo de la creación de empleo, pero no por ello jurídicamente irrelevante. El perfil de ese contenido —que debe calificarse como complejo— ha sido trazado por la jurisprudencia y por la doctrina científica para el trabajo asalariado, integrando una serie de derechos exigibles ante los órganos judiciales del orden social. Estos derechos afectan al nacimiento de la relación individual de trabajo, a la estabilidad en el empleo y a la tutela de la ocupación efectiva.

a") Nacimiento de la relación de trabajo

En primer lugar, el contenido del derecho al trabajo «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación» (STC 22/1981). De este modo, el nacimiento de la relación de trabajo recibe el respaldo del *derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo* [arts. 14 CE, y 4.2.*c*) y 17.1 ET, 2.*a*) LEM y 1 del Convenio 111/OIT, de 25 de junio de 1958, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación]. Debiendo ejercerse la actividad empresarial dimanante de la libertad de empresa «en condiciones de igualdad», el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo constituyen, a su vez, límites comunes de aquella libertad y, en tal sentido, actúan al tiempo como mecanismos garantes del ejercicio del derecho al trabajo en cuanto a su contenido actual se refiere. Obsérvese que, en este caso, el contenido del derecho al trabajo, que no puede calificarse de derecho fundamental, incluye el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo que, con base en el artículo 14 CE, goza de las mismas garantías que el texto constitucional dispensa a los derechos fundamentales (art. 53.2 CE).

Con relación a este derecho de no discriminación en el acceso al empleo, dos aspectos merecen ser destacados. El primero se refiere a las discriminaciones positivas o, con denominación preferible, acciones positivas. Su establecimiento no vulnera el referido derecho, pues mediante las mismas se trata de favorecer el empleo de determinados colectivos que necesitan una especial protección en orden a su acceso al mismo, tales como las mujeres, los jóvenes, los parados de larga duración o los discapacitados (Capítulo 8, II).

El segundo aspecto que debe subrayarse alude a la dificultad probatoria de la discriminación prohibida en el momento en que nace la relación individual de trabajo. En esta fase inicial de la contratación resulta más difícil para el trabajador asalariado aportar la prueba de la conducta discriminatoria por parte del empleador, lo que incide directamente en el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo, afectando, por tanto, a su derecho al trabajo, que puede quedar así claramente devaluado. Para hacer frente, con carácter general, a las conductas discriminatorias por parte del empleador, se introduce en el ordenamiento procesal de trabajo la inversión relativa de la carga de la prueba en aquellos casos en los que pueda existir discriminación prohibida o violación de un derecho fundamental o libertad pública. En tales supuestos, corresponde al empresario, a partir de una básica aportación de prueba indiciaria por el trabajador demandante, la prueba de que su conducta de inadmitir al empleo al trabajador tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada, y que, en consecuencia, es ajena a todo propósito discriminatorio o

de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública (arts. 96.1 y 181.2 LJS), en este caso del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo. Téngase en cuenta que para calibrar la existencia de esa justificación debe «darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 20/1985) por la conducta del empleador.

b") Estabilidad en el empleo

Distintos derechos integran el derecho al trabajo desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, que, como ya se señaló, afectan también al plano individual del mismo.

1.º La doctrina constitucional identifica el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo con *el derecho a no ser despedidos si no existe una justa causa* (STC 22/1981). Acoge aquí el TC la exigencia de que el legislador regule y garantice la causalidad del despido, cualquiera que sea la clase del mismo, en cuanto esta exigencia constituye una de las principales manifestaciones de la estabilidad en el empleo, que viene así a integrar el contenido esencial del derecho al trabajo. Por ende, se rechaza explícitamente que el despido pueda decidirse *ad nutum*, de forma libre por el empleador. Lo que supone que la decisión unilateral de éste ha de contar con una causa justa a fin de no atentar a la estabilidad en el empleo y al derecho al trabajo. En este sentido, no existiendo una causa general válida para todo tipo de despido, sino causas específicas para cada modalidad, el carácter justo de la causa se ha de apreciar en nuestro ordenamiento en relación con las distintas modalidades del despido (Capítulo 14, II, III, IV y V): los fundados en un incumplimiento del trabajador, ya sea culpable (despido disciplinario), ya sea no culpable (despido objetivo individual) y los basados en la onerosidad o imposibilidad sobrevenidas para continuar la prestación laboral (despido colectivo, despido objetivo plural y despido por fuerza mayor, respectivamente).

2.º *El derecho a la reacción procesal frente al despido.* De modo consecuente con la necesaria causalidad del despido, el contenido del derecho constitucional al trabajo abraza, asimismo, en el plano individual y de acuerdo con la doctrina constitucional, el derecho a reaccionar por parte del trabajador frente a la decisión unilateral del empresario de prescindir de sus servicios, en cuanto aspecto básico de la estructura del derecho constitucional al trabajo, pues la inexistencia de aquel derecho «debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)» (STC 20/1994).

Conforme a esa doctrina, el derecho a accionar ante los órganos judiciales ha de ser efectivamente asegurado al trabajador despedido, al resultar esencial para poder defender la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo frente a despidos improcedentes o nulos. De ahí que el artículo 4.2.*g*) ET establezca el derecho de todo trabajador «al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo», como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3.º *El derecho de readmisión.* Aunque la jurisprudencia no ha incluido este derecho en el contenido del derecho al trabajo, un sector de la doctrina científica se decanta por su inclusión, al considerar, con acierto, que la tutela real de la estabilidad en el empleo y del derecho al trabajo implica el cumplimiento de la obligación de readmitir al trabajador injustamente despedido.

Frente a esta coherente conclusión se alza un impedimento arropado por la norma laboral vigente, ya que en caso de despido improcedente ésta autoriza al empresario a optar entre readmitir o indemnizar, trocando la readmisión del trabajador injustamente despedido mediante despido improcedente por una indemnización compensatoria (arts. 56.1, 2 y 3 ET y 110.1 LJS). La flexibilidad pro empleador alcanza a la fase de ejecución de sentencia, pues si éste opta por la readmisión y luego no la cumple o lo hace en forma irregular, finalmente también puede sustituirse la readmisión por la indemnización en el «incidente de no readmisión». Aquella regla general optativa sólo se exceptúa en determinados supuestos en los que la obligación de readmitir declarada judicialmente ha de cumplirse en sus propios términos: despidos improcedentes de los representantes legales de los trabajadores cuando éstos opten por la readmisión [arts. 56.4 ET, 110.2 y 282.1.*a*) LJS], de los trabajadores designados para ocuparse de la actividad de prevención

de riesgos laborales (art. 30.4 LPRL), de los trabajadores a quienes se haya atribuido el derecho de opción en convenio colectivo (SSTS 5-10-2001 y 26-12-2002), así como de aquellos trabajadores cuyo despido se haya declarado judicialmente nulo [art. 282.1.*b*) LJS].

Cabe preguntarse si esa vía sustitutoria de la obligación *in natura* por su equivalente patrimonial es lesiva de la estabilidad en el empleo integrada en el derecho al trabajo, pues, en definitiva, el trabajador ha sido despedido sin justa causa y la consecuencia que jurídicamente debería imponerse, la obligada readmisión, queda finalmente orillada. El TC dio una respuesta negativa a ese interrogante, aunque no desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo, sino desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 CE, del que forma parte el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos (art. 18.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). En este sentido, el TC afirmó que no eran inconstitucionales los preceptos de la LPL de 1980 que permitían sustituir mediante el «incidente de no readmisión», la referida readmisión por la indemnización. En tal sentido, el TC sostenía que las condenas de hacer y no hacer pueden transformarse en el trámite de ejecución de sentencia en prestaciones pecuniarias, sin que se viole el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 69/1983).

Pese a que dicha transformación es sólo una posibilidad, se ha solido presentar, no obstante, como la única vía existente ante el incumplimiento empresarial de aquella ejecución. A tal efecto, se ha esgrimido tradicionalmente el argumento técnico de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer. Pero tal argumento presenta una notoria fragilidad. Hace ya tiempo que la doctrina más solvente mostró su inconsistencia, advirtiendo que no cabe confundir la dificultad de ejecutar tales obligaciones con su imposibilidad, ya que el propio ordenamiento establece distintos dispositivos para constreñir al deudor al cumplimiento de tales obligaciones (Alonso Olea). Lo hace con carácter general, penando, por ejemplo, la omisión del deber de auxilio a ciertas personas bajo determinadas circunstancias (arts. 618 y 619 Código Penal). Y también los articula de modo específico en el ámbito laboral, cuando, entre otros mecanismos, se estatuyen medidas coercitivas para lograr la ejecución en sus propios términos de la obligada readmisión derivada de un despido improcedente en el que la opción corresponde al trabajador o de un despido nulo (art. 284 LJS).

En suma, no existe imposibilidad técnica de equiparar los efectos del despido improcedente y nulo en cuanto a la obligada readmisión del trabajador. Se trata, por tanto, de una opción de política legislativa en la que subyace un planteamiento ideológico, operativo en el ámbito de los derechos patrimoniales pero insuficiente en el terreno de las relaciones contractuales de cuño personal, como sucede en la relación individual de trabajo. En este orden de cosas, resulta muy dudoso que la «monetización» del despido subyacente a la indemnización sustitutoria de la readmisión, respete el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo, configurado por la antecitada doctrina del TC como el derecho a no ser despedido sin justa causa.

4.º *El derecho a no interrumpir, modificar o suspender de modo injustificado la relación laboral.* La doctrina del TC respecto del alcance del derecho a la estabilidad en el empleo, en la configuración del contenido del derecho al trabajo, únicamente vincula aquel derecho al despido injusto, dejando al margen otras vicisitudes de la relación individual de trabajo con directa incidencia en aquella estabilidad y que, por ello, son susceptibles de integrar también aquel contenido.

Desde esa óptica, el derecho a la estabilidad en el empleo, en cuanto contenido exigible del derecho al trabajo, también comprende el derecho a la no suspensión del contrato de trabajo por parte del empleador si no existe causa justificada, el derecho a la no modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la dignidad del trabajador y, en fin, el derecho a no ver interrumpida por parte del empresario su relación de trabajo. El silencio del TC a este respecto no ha de interpretarse necesariamente como tácita exclusión de tales derechos respecto del contenido del derecho al trabajo. La ausencia en la doctrina constitucional de los que acaban de citarse no obedece tan sólo a razones de índole técnica relacionadas con el objeto de la pretensión procesal que se somete a su conocimiento, sino de orden estimativo, al utilizarse una noción restrictiva del principio de estabilidad en el empleo, conectándolo úni-

camente a las fases constitutiva y extintiva de la relación individual de trabajo y sin considerar, por tanto, su real operatividad y trascendencia durante la ejecución misma del contrato de trabajo.

Aceptando que la estabilidad en el empleo es una noción que admite grados de intensidad, al poder verse afectada la continuidad del negocio contractual por un haz de causas de distinto alcance y duración, que recorren la interrupción, la suspensión, la modificación y la extinción (en particular despido) de la relación laboral, no es posible ignorar que determinadas decisiones empresariales no sustentadas en justa causa son pluriofensivas, pues además de colidir con otros derechos vinculados, inciden en el derecho a la estabilidad en el empleo.

Esa incidencia puede detectarse en la escala de vicisitudes por las que atraviesa la relación individual de trabajo, cuando algunas decisiones empresariales que las activan se fundan en causas injustas o en causas justificadas pero productoras de un perjuicio cualificado para el trabajador, frente a las que resulta oponible aquel derecho. Tal es el caso del derecho que asiste al trabajador a no ver interrumpida unilateralmente por el empresario su relación contractual de trabajo (por ejemplo, mediante la unilateral concesión de permisos retribuidos bajo la finalidad oculta de no dar ocupación efectiva: STSJ/Cataluña 10-3-1993). O el derecho a que no se suspenda su contrato por causa económica indemostrada. O, en fin, el derecho a que no se modifiquen sustancialmente sus condiciones de trabajo en detrimento de su dignidad (por ejemplo, mediante los cambios de puesto de trabajo que excedan de los límites señalados en el art. 39 ET).

En el supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la indemnización que corresponda al trabajador en virtud de la solicitud de extinción del contrato por justa causa, cuando acredite ante el órgano judicial que dicha modificación perjudica de modo cualificado su dignidad [arts. 50.1.*a*) conforme a la LEMURMEL y 50.2 ET), no parece el mecanismo idóneo para resarcir la pérdida del empleo y desactivar el derecho a la estabilidad en el mismo. La indemnización no es la solución óptima, ya que la estabilidad en el empleo sigue estando afectada pese al resarcimiento económico. De ahí que ese efecto extintivo resulte indeseable y, de acuerdo con la jurisprudencia, pueda y deba ser evitado, señalándose a este respecto que el recurso a la acción resolutoria «está reservado para aquellos supuestos en que la defensa de los intereses del trabajador no puede realizarse o no es razonable exigir que se realice, por la vía de otras acciones o medios de defensa» (SSTS 3-12-1990 y 16-1-1991). Estos otros dispositivos de preferente utilización son más respetuosos con la estabilidad en el empleo. La mejor fórmula para instrumentarlos son los convenios o acuerdos colectivos, mediante la búsqueda de soluciones más equilibradas que no afecten necesariamente a aspectos tan sustanciales del patrimonio del trabajador, como son los relacionados con su dignidad en el trabajo.

c'') Ocupación efectiva

Los órganos judiciales, haciéndose eco de la opinión sostenida por algunos autores, han considerado, con indudable acierto, que el derecho a la ocupación efectiva es una expresión indisociable del derecho constitucional al trabajo, formando parte así de su contenido esencial [STS 7-3-1990 y STSJ/Andalucía (Málaga) de 22-11-1996].

La obligación empresarial de satisfacer este derecho, no está ya condicionada al hecho de que se produzca un perjuicio considerable en la formación o perfeccionamiento profesional del trabajador, tal como se exigía en el artículo 75.2 LCT. Por el contrario, el reconocimiento del citado derecho por el artículo 4.2.*a*) ET se efectúa sin condicionamiento expreso de clase alguna (STS 21-3-1988). De esta forma, el ejercicio del derecho se satisface mediante la obligación empresarial de proporcionar al trabajador los medios, instrumentos y condiciones que le permitan materializar su prestación laboral en los términos pactados. Si estos elementos no se facilitan, se ven afectados distintos valores y derechos del trabajador.

Se ve afectada su dignidad. Como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia y la doctrina judicial, si se priva a la persona de su derecho a la ocupación, incluso aunque se le pague una retribución salarial, esa privación implica un atentado contra su dignidad personal, profesional y social (STS 24-9-1985),

siendo ello «generador de grave perjuicio moral», y supone, por tanto, «una seria desconsideración a su dignidad manifestada ante sus compañeros de trabajo» (STSJ/Galicia de 1-6-2001). Se trata, en suma, de la violación de un derecho que «entronca con la dignidad de la persona, toda vez que de la prestación efectiva de servicios dependen valores tan importantes como la realización personal y la consideración social del trabajador» [STSJ/Castilla y León (Valladolid), 10-6-1997].

También se impacta sobre la tutela de la profesionalidad del trabajador y de su derecho de promoción y formación profesional [arts. 35.1 CE y 4.2.*b*) ET; STSJ/Galicia de 1-6-2001], derechos «no desligables del derecho fundamental de toda persona a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 de la Constitución Española—» (STSJ/Asturias de 23-6-2002), impidiéndole ejercer sus conocimientos y aptitudes y proyectarlos en su carrera profesional en el marco de la empresa. Y se ve afectado, en fin, su derecho al trabajo, pues su contenido no se integra únicamente respetando el acceso a un puesto de trabajo sin discriminación y rechazando el despido injustificado, sino impidiendo que, salvo supuestos de fuerza mayor, el trabajador permanezca en una situación de inactividad involuntaria que burle en la práctica aquel derecho. De este modo, ambos derechos aparecen íntimamente conectados, pues, para la doctrina judicial, la falta de ocupación efectiva, al tiempo que viola el derecho básico reconocido al trabajador en el artículo 4.2.*a*) ET, vulnera el derecho constitucional al trabajo [STSJ/Andalucía (Málaga) de 22-11-1996].

III. EL PRESUPUESTO LABORAL DEL DERECHO AL TRABAJO: LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

1. Concepto y fines

A) Concepto

Situándonos ahora en la dimensión colectiva del derecho al trabajo (en el sentido ya examinado con anterioridad: *supra* II, 1), los mandatos dirigidos a los poderes públicos, de un lado, por el artículo 40.1 CE para que realicen una política orientada al pleno empleo (vertiente impositiva del deber normativo), y, de otro, por el artículo 41 CE con objeto de garantizar prestaciones sociales suficientes, dentro del régimen público de Seguridad Social, especialmente en caso de desempleo, exigen que el legislador perfile los contornos de dicha política a fin de poder regular su contenido con una mínima eficacia. Esta exigencia deriva de la configuración de dichos preceptos como normas finalistas, reclamando así la acción legislativa que los desarrolle. Se trata de una finalidad de interés general, cuya regulación en cuanto a objetivos concretos, medidas y estructura organizativa y funcional para su realización queda primordialmente en manos del legislador.

El cumplimiento de dicho mandato constitucional se plasma principalmente en la LEM, que es la disposición básica en esta materia. Esta norma define la política de empleo como «el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo» (art. 1, párr. 1). El desarrollo de dicha política ha de encauzarse dentro de las orientaciones generales de la política económica interna, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo de la UE (art. 1, pár. 2.º).

Como puede verse, esta noción legal tiene un amplio alcance, ya que incorpora la mayor parte de los principios reguladores de la materia del empleo (adecuación del empleo, fomento del empleo, calidad del empleo, estabilidad en el empleo y de protección del desempleo), dejando únicamente al margen el principio de preferencia del mercado estatal de trabajo ubicado, como ya se vio, en la LOEX.

Se remarca en el concepto la vinculación estrecha que existe entre la política económica en general y la de empleo en particular. Singularmente porque esta última se viene articulando de modo prioritario sobre medidas y programas de estímulo económico del empleo (subvenciones, bonificaciones…), que comportan gasto social. La consideración por el legislador interno de la estrategia coordinada para el empleo de la UE no pasa desde luego de atender, con criterio de oportunidad, las recomendaciones que surgen de dicha estrategia, en especial las que sucesivamente se vienen produciendo desde el año 2000, lo que supone que las mismas carecen de fuerza de obligar para los Estados miembros de la UE.

Se trata, por lo demás, de un concepto genérico, ya que comprende las dos vertientes en las que se manifiesta la política de empleo, la activa y la pasiva (*infra* III, 2).

B) Fines

Sobre la base del concepto legal de política de empleo y de los principios reguladores que del mismo derivan, la LEM establece determinados objetivos generales a alcanzar por dicha política (art. 2 LEM modificado por el art. 1 RDLEPAE).

a) De prevención

El enfoque preventivo se establece frente al desempleo actual o potencial, dirigiéndose a distintos colectivos:

- *Desempleados*, en especial de larga duración, facilitando una atención individualizada mediante acciones integradas de políticas activas (por ejemplo, programas de formación profesional).
- *Trabajadores empleados*, mediante acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su calificación profesional, empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo.
- *Población activa*, esto es, en edad de trabajar, mediante servicios individualizados a fin de facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado de trabajo.

b) De integración laboral

Se manifiestan a través de un doble modo:

a') *De modo genérico.* Garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Dichos principios serán de aplicación a los nacionales de Estados miembros del EEE y, en los términos que determine la normativa reguladora de sus derechos y libertades, a los restantes extranjeros.

b') De modo específico.

- Coordinar la articulación de la política de empleo con la dimensión del fenómeno migratorio interno y externo, en cuanto a la igualdad en el acceso al empleo y la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, en colaboración con las comunidades autónomas, en el marco de sus respectivas competencias.
- Asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años (por ejemplo, regulando contratos formativos, a tiempo parcial o centros especiales de empleo).

c) De ordenación del mercado de trabajo

Se circunscribe al mantenimiento de la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, teniendo en cuenta las características específicas y diversas de los diferentes territorios y promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales. Esta unidad estatal de mercado, consecuencia de la unidad del orden económico estatal (SSTC 71/1982 y 88/1986), tiene dos manifestaciones principales en el plano jurídico-laboral (arts. 139 y 149.1.1.ª CE).

Por un lado, la libre circulación y establecimiento de las personas en dicho territorio, lo que supone que toda persona que se encuentre en el mismo en situación de legalidad puede desplazarse libremente a fin de buscar empleo, acceder al empleo o desempeñar en otra localidad el que viniera realizando. En este sentido, se pretende asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como en el europeo, de quienes desean trasladarse por razones de empleo (incentivando económicamente los desplazamientos y traslados, la búsqueda de vivienda y facilitando el aprendizaje de la lengua estatal o autonómica...).

Por otro, la libre circulación de bienes en dicho ámbito geográfico estatal, lo que implica el libre desplazamiento de capitales y actividades de producción de bienes y servicios, con sujeción, claro es, a la normativa aplicable en la materia, que responde a la «uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil» (STC 133/1997 y art. 149.1.6.ª CE).

d) De carácter paliativo

Se articulan en torno al mantenimiento de un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión (por ejemplo, mediante el reconocimiento de las prestaciones por desempleo y la orientación y formación profesional), así como la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral.

2. Clases

En la mencionada definición de la política de empleo puede identificarse la doble vertiente sobre la que se proyectan las normas del empleo desde la óptica laboral: las políticas activas y pasivas de empleo.

A) Políticas activas de empleo

a) Concepto y contenido

a’) *Concepto.* Se consideran políticas activas de empleo «el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social» (art. 23.1 LEM, modificado por el art. 10 RDLEPAE y por el art. 114 diecisiete RDL-MUCRECE).

En la anterior definición, desde el punto de vista de las políticas activas de empleo, el legislador se decanta por el logro del pleno empleo productivo, por un empleo adecuado a la capacidad y conocimientos del trabajador en línea con lo dispuesto al efecto en la normativa internacional aplicable, configurando así el mandato del artículo 40.1 CE sobre la base de un modelo de política de empleo encaminado a su plenitud en cantidad y calidad. Con ello no sólo se busca que el potencial derecho a la ocupación de un puesto de trabajo pueda ejercerse en la mayor medida posible como derecho actual. También se procura dar efectividad a un aspecto escasamente atendido del derecho a la libre elección de profesión u oficio a través de la dimensión productiva y de calidad que pretende imprimirse al empleo. En este aspecto, que comprende el acceso al empleo, su conservación y la promoción, tienen un papel crucial las acciones y medidas de carácter orientador y formativo, auténtico eje vertebrador de esta clase de política de empleo.

Debe subrayarse, asimismo, que la política activa de empleo ha de tener un ámbito de desarrollo necesariamente estatal, atendiendo a la Estrategia Española de Activación para el Empleo, a los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación, a las necesidades de los demandantes de empleo y a los requerimientos de los correspondientes mercados de trabajo (estatal y autonómicos), y utilizando, a este propósito, la coordinación entre los agentes de formación profesional para el empleo e intermediación laboral (art. 23.1 LEM, conforme con el RDLEPAE y con el art. 114, diecisiete RDL-MUCRECE).

b') Contenido. Al definir la política activa de empleo, la LEM utiliza esta expresión en singular decantándose por un determinado modelo (art. 1.1), lo que es coherente con el artículo 40.1 CE, que acepta sin duda una vía plural a este respecto. Aceptación no sólo desde un punto de vista territorial, dada la presencia geográfica de distintos poderes públicos competentes en la materia (autonómicos y locales). También desde la perspectiva del contenido de dicha política, habida cuenta de que, al anteponer el artículo indeterminado «una» a la política orientada al pleno empleo, aquel precepto constitucional está admitiendo el diseño de distintos modelos de dicha política, dotados de distintos contenidos, lo que es del todo coherente con el pluralismo político como uno de los valores superiores sobre los que descansa nuestro ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE).

En ese marco constitucional, la LEM acotaba determinados ámbitos materiales, o contenido de las políticas de empleo, integrados por diversas acciones y medidas (art. 25.1 LEM conforme a la LEMURMEL):

- Orientación profesional (información, acompañamiento, motivación y asesoramiento).
- Formación y recualificación (aprendizaje y reciclaje incluidos en el subsistema de formación profesional para el empleo).
- Oportunidades de empleo y fomento de la contratación (incentivar la contratación, creación de empleo y mantenimiento de puestos de trabajo).
- Oportunidades de empleo y formación (trabajo efectivo en un entorno real a fin de adquirir formación o experiencia profesional con finalidad de cualificación o inserción laboral).
- Fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo (promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, la permanencia en el mismo y la promoción profesional, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad de hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares).
- Oportunidades para colectivos con especiales dificultades para el acceso y la permanencia en el empleo (singular consideración de las mujeres víctimas de la violencia de género, de las personas con discapacidad y de las personas en situación de exclusión social).

Posteriormente, la configuración de ese contenido se ha modificado en dos direcciones (art. 25 LEM, conforme al art. 114, diceciocho RDL-MUCRECE). Una primera es de orden cuantitativo y signo ampliatorio, de modo que los actuales servicios y programas de políticas activas de empleo han de cubrir determinados «Ejes», que sustituyen formalmente a los anteriores ámbitos materiales y que ahora añaden a aquel contenido los Ejes relativos al emprendimiento (la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social) y a la mejora del marco institucional, concebida con alcance transversal al afectar a todos los Ejes. Una segunda dirección discurre por el terreno cualitativo, subrayando la preeminencia de la legislación estatal en la regulación reglamentaria de los servicios, programas y contenidos comunes de esta materia que serán de aplicación en todo el territorio del Estado, lo que incluirá, de modo específico, un marco legal mínimo de medidas estatales de políticas activas de empleo dirigidas a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

b) Presupuestos constitucionales

Los ámbitos, acciones, medidas, servicios y programas que el legislador identifique en distintos momentos para las políticas activas de empleo, precisan asentarse con firmeza en determinados presupuestos constitucionales que, bajo distintas versiones, habrían de configurar las piezas maestras de cualquier modelo legal de política activa de empleo. En este sentido, la mencionada posibilidad de diseñar distintas políticas de empleo permite avanzar hacia el objetivo esencial de garantizar con mayor intensidad, efectividad y generalidad el derecho a acceder a un puesto de trabajo de calidad, bajo el denominador común de que el pleno empleo no es finalidad tan sólo retórica o potencial, sino efectiva y real. La elaboración de esas políticas públicas de empleo no puede desentenderse, dentro de las distintas soluciones normativas derivadas del pluralismo político y social, de los principios constitucionales de igualdad material (arts. 9.2 y 40.1 CE) y de solidaridad (arts. 38, 128.1, 130.1 y 131 CE). Este decisivo soporte constitucional permite la articulación legal de cuatro presupuestos básicos a fin de garantizar una política de pleno empleo coherente con el Estado social y democrático de Derecho.

En primer lugar, la titularidad estatal mayoritaria de los medios normativos e institucionales a fin de llevar a cabo con eficacia dichas políticas, para lo que desempeñan un papel esencial los SPE y los sectores considerados como servicios públicos esenciales (en especial, sanidad, educación y Protección Social). En segundo término, el establecimiento de una planificación democrática de la economía que permita elaborar, en los distintos niveles territoriales, planes económicos y de empleo, en desarrollo de las bases del plan general estatal y en los que el empleo tenga un lugar prioritario, sin desconocer por ello las exigencias derivadas de la productividad, de la eficacia y de la rentabilidad que han de presidir la actividad empresarial. En tercer lugar, el reconocimiento real y efectivo de la libertad de empresa y del derecho al trabajo mediante el estímulo y apoyo de la economía social, especialmente de las sociedades cooperativas constituidas sobre la base de la propiedad colectiva de la empresa, de la autogestión de la misma por los propios trabajadores-propietarios y de la creación y mantenimiento del empleo en cuanto objeto social prevalente al que queda sometido el beneficio, limitado y equitativamente distribuido. En cuarto lugar, la efectiva garantía de los derechos constitucionales y de las libertades públicas en la empresa y fuera de ella, de modo que su ejercicio resulte plenamente tutelado por el conjunto de los poderes públicos.

B) Políticas pasivas de empleo

Por su parte, las políticas pasivas de empleo, que no están normativamente definidas pero se infieren con claridad de lo dispuesto en los artículos 41 CE y 1 LEM, consisten en un conjunto de medidas que pretenden proteger las situaciones de desempleo mediante ciertas prestaciones suficientes y sustitutivas de la retribución activa (pago de prestaciones y subsidios por desempleo, así como de rentas activas de inserción).

El mandato constitucional garante de prestaciones suficientes de desempleo y la previsión legal de que la política pasiva de empleo las contemple, evidencia la enorme dificultad de alcanzar el pleno empleo. No en balde el deber normativo que contempla el artículo 40.1 CE se refiere no a una política de pleno empleo a secas, sino «orientada» a ese fin. Ciertamente, en el mejor de los escenarios posibles parece que debe contarse con la inevitable presencia del paro friccional (situado en una tasa entre el 1 por 100 y el 3 por 100 de la población activa). Pero la presencia de un desempleo estructural (derivado, entre otros factores, de la modificación de los procesos productivos, la descentralización del trabajo o la deslocalización de empresas) y cíclico (provocado por causas recurrentes, entre otras, por la ausencia de una planificación democrática de la economía, por la falta de inversión productiva sustituida por la especulativa, o por la drástica reducción del crédito a las empresas y al ciudadano), que suelen situar aquella tasa en porcentajes incompatibles con una política orientada al pleno empleo, muestra la lejanía en que se encuentra la posibilidad de ejercer el derecho a ocupar un puesto de trabajo, en coherencia con el entendimiento reduccionista del contenido esencial de la libertad de empresa, así como la necesidad de mantener y ampliar las políticas pasivas de empleo.

3. Sujetos

A) Poderes públicos: Sistema Nacional de Empleo

a) Caracterización, estructura organizativa y órganos específicos

El mandato del artículo 40.1 CE no se dirige a todos los poderes públicos, sino a aquellos que tienen atribuidas las funciones legislativa, reglamentaria y ejecutiva en materia de empleo. Teniendo en cuenta la distribución constitucional de competencias en esta materia, estos poderes se identifican con los órganos estatales y de las CCAA que, en sus respectivos ámbitos, tienen asignadas competencias en materia de legislación laboral (Capítulo 2, II, 4). Por ello, el protagonismo en la elaboración de la política de pleno empleo corresponde al Estado.

La existencia de un servicio público y gratuito de empleo es una exigencia establecida en el Convenio 88/1948 OIT (art. 1) para los Estados miembros que lo hayan ratificado, como es el caso de España. En el ámbito institucional del Estado español, la política de empleo se articula institucionalmente en torno al SNE, configurado como «el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo» (art. 5 LEM).

La estructura organizativa del SNE se integra por el SEPE y por los SPECA (art. 5 LEM). Como sucesor del anterior Instituto Nacional de Empleo, el SEPE es un organismo autónomo de la Administración General del Estado que tiene encomendadas funciones de ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de política de empleo (art. 10 LEM). En el marco de una gestión descentralizada del mercado de de trabajo, los SPECA se concepctúan normativamente como los órganos o entidades de las CCAA a los que éstas encomienden, en sus respectivos territorios, el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral y de políticas activas de empleo, conforme a lo establecido al respecto en la LME (art. 17.1 LEM).

Al margen de los órganos de que se dota a esta doble estructura en cada uno de sus ámbitos territoriales, el SNE cuenta con dos órganos específicos (art. 7 LEM).

La Estrategia Española de Activación para el Empleo se aprueba por el Gobierno del Estado, a propuesta del MEYSS y se elabora en colaboración con las CCAA y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, tendrá el carácter plurianual que la misma establezca y contendrá análisis y tendencias del mercado de trabajo, principios ce actuación y objetivos estratégicos y estructurales en materia de políticas de activación para el empleo para el conjunto del Estado, así marco presupuestario, fuentes de financiación y criterios de gestión de los fondos asignados (art. 4 bis LEM, añadido por el art. 3.uno RDLEPAE y modificado por el art. 114, dos RDL-MUCRECE). La vigente Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 ha sido aprobada mediante RD 751/2014, e 5 de septiembre. Conforme se señala en el preámbulo de esta norma, la Estrategia tiene muy presente el marco trazado por la Estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013-2016 y se articula en torno a seis ejes (orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del SNE) previamente consensuados entre el SPEE y las CCAA. Cuenta con objetivos estratégicos y estructurales. Los objetivos estratégicos deben aprobarse por el Gobierno, tienen carácter selectivo y se dirigen a un ámbito o finalidad concretos. Los objetivos estructurales son estables, exhaustivos y deben cubrir todo el ámbito de las políticas activas. Ambas clases de objetivos están relacionados entre sí, de forma que cada CCAA priorizará los que considere conveniente para conseguir el objetivo final y ser eficientes con el gasto que realicen en políticas activas. Con esta finalidad, cada objetivo tendrá un indicador que medirá al final de cada año si se han cumplido los objetivos y que condicionara el reparto de los fondos destinados a las políticas de activación para el empleo.

Los Planes Anuales de Política de Empleo se elaborarán por el MEYSS, en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Sociales, concretando, anualmente, los objetivos de la citada Estrategia a alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las CCAA, teniendo en cuenta las previsiones

formuladas al respecto por SPE y las CCAA (art. 4 ter LEDM añadido por el art. 3.dos RDLEPAE y modificado por el art. 114, tres RDL-MUCRECE). Con notable retraso teniendo en cuenta su carácter de instrumento planificador, la Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo de 16 de septiembre de 2014 publica el acuerdo del Consejo de Ministros del día 5 del propio mes y año, que aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2014. A la altura de junio de 2015 el Plan correspondiente a este año no ha sido objeto de publicación.

Por otro lado, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo y carácter tripartito, en el que están presentes un representante de cada Comunidad Autónoma, igual número de representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (art. 7 LEM, modificado por el art. 4.dos RDLEPAE).

b) Fines y principios

Los fines encomendados al SNE presentan un amplio espectro. Comprenden, entre otros, la intermediación laboral [Capítulo 7, I, 2, A)], el fomento del empleo, la garantía de la aplicación de políticas de activación para el empleo y de la protección frente al desempleo, el aseguramiento de la unidad del mercado de trabajo y de la libre circulación de trabajadores, y el impulso de la cooperación entre los SPE y las empresas en determinadas acciones de políticas activas y de cualificación profesional orientadas a la efectividad de la integración laboral y la formación o recualificación de los desempleados (art. 6 LEM, modificado por los 4.uno RDLEPAE y 114, cuatro RDL-MUCRECE).

Para alcanzar estos fines, la LEM asigna al SNE ciertos principios de organización y funcionamiento: participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el SPEE y en los SPECA; transparencia en el mercado de trabajo, fijación de las políticas necesarias para asegurar la libre circulación de los trabajadores por razones de empleo o formación, ejecución de las políticas activas de empleo, sin perjuicio de los mecanismos de colaboración con otras entidades que actuarán bajo la coordinación de los SPE, y calidad en la prestación del servicio (art. 8 LEM).

c) Estructura funcional: competencias de los Servicios Públicos de Empleo

La puesta en práctica de los mencionados fines y principios del SNE, requiere la atribución a los SPE de una serie de competencias en materia de políticas activas y pasivas de empleo, dejando ahora para su ulterior examen las relativas a la intermediación laboral (Capítulo 7, I, 2, A).

Las competencias más relevantes del SEPE en el ámbito de las políticas activas de empleo, se refieren a (arts. 13 LEM, modificado por el art. 5.uno RDLEPAE y por el artículo 114.siete RDL-MUCRECE, y 14.1 LEM):

- Las propuestas normativas de ámbito estatal en dicha materia.
- La percepción de ayudas de fondos europeos para cofinanciar acciones sobre la misma.
- La elaboración del proyecto de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo en colaboración con las CCAA.
- Las investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para su mejora en colaboración con las CCAA.
- La fijación y distribución a las CCAA en materia de fondos de empleo de ámbito nacional cuando correspondan a programas cuya gestión haya sido transferida a las mismas. En relación con esta competencia, y como mecanismo de previsión, debe constituirse en el SEPE un Fondo de políticas de empleo a fin de atender las necesidades futuras de financiación en la ejecución de las acciones y medidas que integran las políticas activas de empleo (Disp. Final 1.ª RDLEPAE).

Por lo que hace a las políticas pasivas de empleo, al SEPE corresponde la gestión y control de las prestaciones por desempleo. A este respecto, y a fin de garantizar la coordinación entre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo, la gestión de éstas ha de desarrollarse mediante sistemas de cooperación con los SPECA [art. 13.*j*) LEM añadido por el art. 5.uno RDLEPAE].

Las competencias de los los SPECA se circunscriben principalmente a dos ámbitos (art. 17.1, modificado por el artículo 114, nueve RDL-UCRECE):

- El ámbito de la ejecución y desarrollo de las políticas de empleo, que presenta dos manifestaciones. En primer lugar, los SPECA han de diseñar y establecer las medidas necesarias para determinar las actuaciones de las entidades que colaboren con ellos en dicha ejecución. En segundo término, están facultadas para elaborar sus propios Planes de Política de Empleo, de acuerdo con los objetivos de los Planes Anuales de Política de Empleo y en conherencia con las orientaciones y objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo.
- El ámbito de la participación en la elaboración de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo.

A pesar de los esenciales cometidos que tienen encomendados, el prevalente modelo de empresa de carácter mercantil constituye un escollo de entidad para la efectividad de la actuación de los SPE. Bajo ese modelo, la creación de empleo no es un fin social prioritario, sino que está supeditada a la obtención de una ganancia ilimitada y a un reparto marcadamente desigual de la renta obtenida sobre la base del trabajo dependiente. La consecución de los fines asignados a los SPE, en particular el fomento del empleo y la intermediación laboral, quedan así marcadamente limitados por ese modelo empresarial prioritario, aunque no único. La experiencia de las distintas políticas públicas de empleo llevadas a cabo tras la CE, pone de relieve el carácter estructural de aquella dificultad.

B) Interlocutores sociales

Los interlocutores sociales cuentan con una amplia habilitación constitucional y legal para contribuir al desarrollo de las políticas públicas de empleo mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en esta materia (arts. 37.1 CE y 85.1 ET). Pese a ello, un primer rasgo que sobresale en la negociación colectiva sobre el empleo es su falta de generalización, el escaso espacio que cubre en relación con otras materias negociales, aunque tampoco puede negarse que el empleo ha ido ganando un cierto terreno en los convenios colectivos, lenta y paulatinamente, desde la vigencia del texto constitucional.

Una segunda característica de la referida negociación se plasma en la disociación existente entre los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos en la regulación del empleo. Por razones relativas al amplio ámbito funcional al que se extienden y a su finalidad directriz y ordenadora de la negociación colectiva en ámbitos inferiores, los acuerdos interprofesionales abordan tanto el mantenimiento del empleo como su creación. Así ha sido, por ejemplo, con el AENC 2010-2012, en el que, tras reconocer el acentuado ajuste que se está produciendo en el mercado de trabajo «caracterizado por un intenso proceso de destrucción de empleo y por la acumulación de elevadas y persistentes tasas de paro», se establecen, entre sus objetivos fundamentales «el mantenimiento y la recuperación del empleo», así como «el fomento de la estabilidad en el empleo y la reducción de la temporalidad». En consecuencia, se formulan criterios más concretos de carácter indicativo para la negociación colectiva de ámbitos inferiores a fin de, entre otros aspectos, «promocionar la contratación indefinida», «fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales, de forma que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de ETT, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en el ET» [Capítulo I, 1, *a*) y *b*) AENC 2010-2012].

En esa misma línea se sitúa el AENC 12-14, al señalar, en su Capítulo II, que «el mantenimiento y la recuperación del empleo debe ser el objetivo prioritario de la negociación colectiva durante la vigencia del presente acuerdo, incidiendo en su estabilidad», reiterándose, entre los principales criterios en la materia, los anteriores de promoción de la contratación indefinida y de fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales [Capítulo II, 1, *a*) y *b*)].

No difiere tampoco sustancialmente el acentuado interés que en esta materia refleja el III AENC 2015-2017, de 8 de junio de 2015. Entre sus objetivos fundamentales y en cuanto aquí importa, este Acuerdo incluye los tres siguientes: el mantenimiento y la recuperación del empleo; el fomento de la estabilidad en el empleo y la reducción de la temporalidad, eliminando la injustificada, como garantía de competencia para las empresas y de seguridad para los trabajadores; y el establecimiento de instrumentos que permitan a las empresas mantener y mejorar su posición en el mercado y su productividad, adaptarse internamente ante circunstancias cambiantes y garantizar empleos de calidad y con derechos (Capítulo II AENC 2015-2017).

Sin embargo, los convenios colectivos de ámbito inferior no recogen en igual medida las líneas marcadas al efecto por los referidos acuerdos, dando preferencia al mantenimiento del empleo respecto de su creación. En este ámbito, los interlocutores sociales son conscientes de la realidad a la que ya aludía en su apartado III el que por ahora es el último acuerdo de ámbito estatal derivado de la concertación social, el ASEEP, al señalar que «es preciso seguir avanzando hacia un crecimiento económico robusto que se traduzca en un nivel de creación de empleo capaz de reducir el número de personas desempleadas».

De este modo, resultan comparativamente escasas las cláusulas que en ese ámbito inferior facilitan mediante distintas fórmulas la creación de empleo, tales como la contratación de un número mínimo de trabajadores durante un determinado período de tiempo, la prohibición de contratar a quienes estuvieren jubilados o pluriempleados o la supresión de las horas extraordinarias habituales.

Pero, además de ceñirse de modo preferente a las cláusulas de mantenimiento del empleo, la negociación colectiva sobre las mismas se caracteriza, a su vez, por desmentir con cierta frecuencia su finalidad, pues dichas cláusulas no suelen alcanzar de modo pleno el objetivo de estabilidad que las alienta, sino que contribuyen, en distinta medida, a debilitarlo.

En esta línea se sitúan, entre otras, las cláusulas que permiten ampliar la duración máxima y el período dentro del cual se puede formalizar el contrato eventual por circunstancias de la producción; las que autorizan la conversión de contratos temporales en indefinidos pero a cambio de pactar su posible extinción vía despido colectivo o despido objetivo colectivo cuando concurran las causas cuyas específicas circunstancias quedan plasmadas en el instrumento negocial colectivo; o las dirigidas, con apoyo jurisprudencial, a posibilitar que las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios puedan formalizar el contrato laboral por obra o servicio determinado por el tiempo de vigencia de la contrata o subcontrata.

En suma, existe una clara infrautilización por la negociación colectiva de las amplias facultades negociales que la CE y el ET le brindan en materia de empleo. Esta insuficiencia viene facilitada en gran medida por las sucesivas reformas laborales, y en especial por las llevadas a cabo en 2010 y 2012, al reducir los umbrales básicos tuitivos del trabajo dependiente en la relación laboral individual y diluir el papel de la negociación colectiva sectorial en beneficio de la que, siempre que exista representación de los trabajadores, pueda llevarse a cabo en la empresa.

C) El empresario

La relevancia de la función social que desempeña el empresario en cuanto sujeto de las políticas de empleo, es un dato de la realidad incuestionable. Tres manifestaciones destacan a este propósito.

a) La primera se refiere a la creación y mantenimiento del empleo. Estas actuaciones en una economía productiva pertenecen al círculo de facultades de la libertad de empresa que corresponden al empleador de forma indelegable. Su ejercicio no depende sustancialmente de la normativa laboral y de su reforma,

sino de la configuración por los poderes públicos de un contexto político y socioeconómico que favorezca el crecimiento económico ecológicamente sostenible y dirigido a las necesidades reales de la población, el consumo responsable, la fluidez del crédito no especulativo y unas condiciones de trabajo dignas y equitativas.

b) La segunda alude al cumplimiento por el empresario de la normativa estatal en cuanto afecta a sus obligaciones en materia de empleo, tanto en la contratación como en la ejecución y extinción del contrato. Entre otros aspectos, ello supone la oferta y el mantenimiento de unas condiciones de trabajo acordes con las prescripciones legales (en especial por lo que se refiere a la retribución y al tiempo de trabajo); el efectivo favorecimiento de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; el rechazo a la mejora de la productividad por la vía de la reducción de los costes salariales utilizando abusivamente la contratación temporal y el despido colectivo, o el cumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social.

c) La tercera manifestación significativa de la función social que el empresario desempeña en materia de empleo, encuentra su lugar paradigmático en la negociación colectiva, en especial por lo que hace a la observancia de las cláusulas de empleo pactadas en los convenios. Al margen de la apuntada escasez de las mismas, el cumplimiento por el empresario de las introducidas en los convenios colectivos cuenta con la garantía que supone el ejercicio por los representantes de los trabajadores de sus competencias en la empresa en materia de vigilancia en el cumplimiento de la normativa laboral y de empleo, así como del resto de pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, hallándose aquéllos facultados para formular, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario o los organismos o tribunales competentes [art. 64.7.*a*).1.º ET]. Pero esa garantía se esfuma en un elevado número de empresas que carecen de dicha representación.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *RPS*, n.º 121/1979.

ANTÓN, A. (coord.): *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, 2000.

BAYLOS GRAU, A.: «Creación de empleo, mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en torno a la experiencia española», *RL*, n.os 23-24/2009.

CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R.: «Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico», *TL*, n.º 61/2001.

FUJII, G. y RUESGA, S. M.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, 2004.

GARCÍA GIL, M. B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Navarra, 2006.

GHOSE, A. K.; MAJID, N., y ERNST, C.: *El desafío mundial del empleo*, Informes OIT, Madrid, 2009.

GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Madrid, 1993.

GUERRERO VIZUETE, E.: «Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio», *RDS*, n.º 61/2013.

LANDA ZAPIRAÍN, J. P.: «Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo», *REDT*, n.º 98/1999.

MARTÍN PUEBLA, E.: «El nuevo marco institucional de la política de empleo», *RDS*, n.º 30/2005.

MARTÍN VALVERDE, A.: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española», en AAVV: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980.

—: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *DL*, n.º 9/1983.

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «El derecho constitucional al trabajo y su tratamiento en la normativa comunitaria», en AAVV: *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (I)*, vol. I, Madrid, 1995.

— (coord.): *Política de empleo y protección social*. (Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social, 21-22 de septiembre de 1995), Barcelona, 1996.

—: «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003.

MATÍA PRIM, J.: «Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva», en AAVV: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso Calvo*, Madrid, 1989.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, 2011.

NAVARRO NIETO, F.: *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, Madrid, 2000.

OJEDA AVILÉS, A.: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo», en AAVV: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1999.

OIT: *La calidad del empleo*, Ginebra, 1999.

ORDÓÑEZ PASCUA, N.: *Políticas de empleo en la Unión Europea*. Lisboa, 2013.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Política de empleo en España (1977-1982)*, Madrid, 1982.

POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, 1989.

PRIETO, C. (coord.): *La calidad del empleo en España: Una aproximación teórica y empírica*, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo», *RL*, n.º 17/2009.

SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Madrid, 1996.

SENNETT, R.: *La corrosión el carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, 2000.

SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999.

CAPÍTULO 5:
CONFIGURACIÓN DEL EMPLEO: CONTRATO DE TRABAJO

Estudiados en su momento los presupuestos que conforman el trabajo dependiente [Capítulo 1, I, 1, B)], procede ahora abordar, en este capítulo y en el siguiente, ciertas materias básicas y previas al examen dinámico de esa clase de trabajo, que lo contemplan desde una perspectiva estática. Tales materias se agrupan en torno a la configuración y a la tipología del empleo, en cuyo marco se examina con mucho mayor detenimiento el trabajo asalariado y el contrato de trabajo que lo encauza, dispensándose una atención secundaria al trabajo autónomo, pues no puede olvidarse que uno de los principales ejes sobre los que se gira el ordenamiento laboral está situado en el primer tipo de trabajo.

El contenido de la materia relativa a la configuración y a la tipología del empleo incluye el estudio del concepto y función del contrato de trabajo, de su estructura, de su celebración, de las modalidades de contrato de trabajo que el ordenamiento ofrece, así como de su distinción respecto de otras figuras que guardan con él diversa cercanía conceptual.

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Concepto

A diferencia de la mayor parte de sus precedentes normativos (Código de Trabajo de 1926, Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944), el ET no proporciona noción alguna del contrato de trabajo. No es dudoso, sin embargo, que presupone dicho concepto, ya que, a lo largo de su articulado, regula dicha figura y utiliza tal denominación. La causa de que el ET eluda abordar la citada noción descansa probablemente en que el ámbito de aplicación de una parte de sus reglas comprende la relación individual de trabajo (con este rubro se abre su Título Primero), tanto la de índole contractual (supuesto general), como la de carácter extracontractual (supuesto excepcional).

Pese a su silencio, de la regulación estatutaria puede inferirse un concepto de contrato de trabajo que lo identifica con el negocio jurídico bilateral, en cuya virtud se constituye voluntariamente una relación laboral de trabajo dependiente y por cuenta ajena a cambio de la percepción de un salario. Ciertos caracteres se desprenden de esta noción. Conviene puntualizar, a este respecto, que estos rasgos deben distinguirse claramente de los presupuestos jurídicos propios del trabajo asalariado [Capítulo 1, I, 1, B)]. Como su propio nombre indica, los presupuestos son elementos previos y básicos para la existencia del contrato de trabajo, pero esta figura cuenta con una caracterización propia, derivada de la proyección sobre la misma de la teoría general de los contratos. Surge así un contrato especial pero típico (su pretendida aticipidad es

inexistente desde el momento en que dispone de regulación legal específica, ausente por principio en los contratos innominados o atípicos), cincelado por determinados caracteres.

a) Consensualidad. El contrato de trabajo se perfecciona mediante el consentimiento no viciado de las partes, modo de nacimiento de la relación que es regla general en el ordenamiento común frente a la excepción de los contratos reales y los contratos formales. Adviértase que el presupuesto jurídico de la voluntariedad está legalmente asegurado mediante la expresión del consentimiento con ausencia de vicio invalidante, lo que no impide constatar que para la mayor parte de la población activa asalariada existe un insoslayable condicionamiento económico para contratar su prestación laboral, más agudo aún cuando la oferta de trabajo escasea.

b) Bilateralidad. El negocio jurídico que nace mediante el contrato de trabajo tiene carácter bilateral, ya que el acuerdo brota de dos partes, que se corresponden con los dos centros de intereses contrapuestos, lo que no impide que las partes concuerden en el intercambio de prestaciones. Por otro lado, la bilateralidad es compatible con la existencia de una pluralidad de personas en una o ambas partes contractuales. Por ejemplo, un grupo de empresas o un grupo de trabajadores.

c) Reciprocidad. El de trabajo es un contrato sinalagmático, porque genera obligaciones recíprocas para las partes (realizar el trabajo convenido y pagar el salario estipulado). La reciprocidad supone que cada prestación de las partes se configura como requisito necesario de su recíproca: el empresario no tiene obligación de pagar el salario si el trabajo no se ha realizado y el trabajador no está obligado a seguir desempeñando su cometido si el empresario no le abona su retribución. Esta interdependencia de las prestaciones de las partes, que revela la doble condición de acreedor y deudor que concurre en cada una de ellas (el trabajador es acreedor de salario y deudor de trabajo; el empresario es acreedor de trabajo y deudor de salario), tiene ciertas excepciones. Por ejemplo, el empresario debe abonar el salario aunque el trabajo convenido no se haya realizado, en los supuestos de interrupción de la relación por causas justificadas [por ejemplo, la ausencia del trabajador de dos días por nacimiento de hijo: art. 37.3.*b*) ET]. Así, también el impago del salario o los retrasos en su abono no se consideran incumplimiento empresarial si no son continuados [art. 50.1.*b*) ET], por lo que el trabajador no podrá dejar de trabajar si no existe esa reiteración.

d) Onerosidad. El carácter oneroso del contrato de trabajo implica que al sacrificio que cada una de las partes realiza en virtud de la prestación que cumple (trabajar, abonar el salario) corresponde una ventaja o beneficio derivados de la contraprestación que recibe (disposición de la fuerza de trabajo y apropiación del resultado de la actividad laboral, por parte del empresario, y percepción del salario por parte del trabajador).

Suele afirmarse que la onerosidad, a diferencia de los negocios lucrativos, determina en ciertos contratos una equivalencia entre las prestaciones de las partes. Esta equivalencia es tan sólo de orden subjetivo, en el sentido de que basta que las partes admitan formalmente que existe ese equilibrio para la validez del negocio desde este prisma, sin que sea precisa una equivalencia objetiva, obediente a una real equidad entre dichas prestaciones. En el contrato de trabajo tampoco puede apreciarse el equilibrio prestacional objetivo, porque existe un trabajo excedente o suplementario (plusvalía) que no se retribuye salarialmente, con independencia de que este plus-trabajo derive de la prolongación de la jornada o de un incremento de la productividad. El desequilibrio patrimonial advertible en este contrato se explica porque el trabajador no recibe un valor equivalente al esfuerzo laboral que realiza, sino únicamente una parte del valor que crea, que corresponde al denominado trabajo necesario. La parte no retribuida es el trabajo excedente, generador de plusvalía y origen del beneficio empresarial, esto es, del ingreso derivado de la venta de los productos o de los servicios prestados menos los costes de producción en comparación con la inversión realizada para iniciar y continuar el proceso productivo. Este beneficio, y el desequilibrio prestacional que comporta, varían en función de distintos factores, entre los que la regulación de la jornada de trabajo, de la productividad y del salario, desempeñan un importante papel. Tal variación no impide identificar el referido desequilibrio objetivo como un componente estructural del contrato de trabajo.

e) Conmutatividad. Significa que las prestaciones de las partes son ciertas de forma inmediata, lo que implica que cada una de ellas está en condiciones de evaluar, en el momento en que contrata, los beneficios o las desventajas que el negocio puede acarrearle. No obstante, es necesario tener en cuenta que determinadas formas de retribución salarial (participación en beneficios, comisiones, primas…) introducen un factor aleatorio en el contrato de trabajo, relativizando su carácter conmutativo. De este modo, si bien un determinado ingreso mínimo queda garantizado al trabajador (SMI, salario base convenio…), ciertos complementos salariales posibilitan la indeterminación respecto del monto íntegro del salario a percibir.

f) Continuidad. El de trabajo es un contrato de ejecución continuada, en el sentido de que la realización de las prestaciones comprometidas se prolonga a lo largo del tiempo, a fin de que la relación contractual pueda ser conforme con su causa en sentido subjetivo, esto es, satisfaga los fines que las partes persiguen al celebrarlo. Nótese que esa ejecución continuada existe en el contrato de trabajo cualquiera que sea su duración, indefinida o determinada, porque lo decisivo, a los efectos del rasgo que ahora se considera, es que la ejecución tenga un desarrollo ininterrumpido durante el período de duración del contrato. Este carácter no queda desvirtuado por las causas de interrupción o suspensión del contrato, puesto que, si no existe razón que lo impida, las prestaciones continúan ejecutándose una vez transcurrido el período interruptivo o suspensivo.

2. Función

Como es sabido, del ordenamiento civil derivan dos funciones atribuidas en general a los contratos. De un lado, una función constitutiva o creadora de la correspondiente relación jurídica (art. 1.258 CC). De otro, una función reguladora del contenido del acuerdo (art. 1.255 CC). En el contrato de trabajo también pueden apreciarse ambas funciones, si bien con determinados matices.

A) Función constitutiva

Conforme a su función constitutiva, la relación individual de trabajo nace de la celebración del contrato de trabajo y no a la inversa como pretendieron durante la dictadura franquista las tesis relacionistas o incorporacionistas, aunque con escaso eco en la doctrina científica autóctona. Al concebir la empresa bajo el principio armonicista, en cuanto comunidad de trabajo en la que los intereses jurídica y económicamente contrapuestos de trabajador y empresario quedan difuminados y ensamblados en el interés compartido por la producción, dichas tesis pretenden desbaratar todo rastro de libertades individuales y colectivas de los trabajadores en la empresa. En nuestro ordenamiento constitucional y legal tales tesis no tienen cabida, de modo que la incorporación del trabajador a la empresa no constituye sino un elemento probatorio de la existencia de un previo contrato de trabajo. El reconocimiento constitucional de los derechos profesionales de los trabajadores (art. 35.1 CE) —cuya garantía remite comúnmente a la relación contractual de trabajo en cuanto ámbito idóneo para generar tales derechos—, así como las abundantes referencias del ET a dicha relación, revelan que el contrato de trabajo es el modo usual de constituir la relación individual de trabajo asalariado.

Paradigma de este criterio normativo es la regla estatutaria general de que el contrato de trabajo «Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél» (art. 8.1 ET). Aunque jurisprudencia y doctrina científica han negado con razón el carácter de estricta presunción a esta regla (SSTS 5-3-1990 y 21-9-1990), la misma ha demostrado su operatividad en la delimitación del contrato de trabajo —y en frecuente combinación con el art. 1.1 ET— cuando se trata de supuestos dudosos en los que la voluntad aparente de las partes ha sido la de acogerse a otra figura no laboral y se han podido aportar elementos probatorios de que dicho contrato es el realmente querido y, por tanto, el que origina la relación individual de trabajo.

No debe pasarse por alto, sin embargo que, por vía de excepción, el ordenamiento admite, asimismo, la existencia de relaciones laborales extracontractuales. Estas relaciones pueden originarse por tres causas: declaración de nulidad del contrato de trabajo, inexistencia del presupuesto jurídico de la voluntariedad o desvirtuación de dicho presupuesto.

a) Declaración de nulidad del contrato de trabajo. Cuando esta declaración judicial se produce, no puede admitirse que la relación laboral individual surja del contrato de trabajo, pues existe una ineficacia estructural del negocio jurídico. Es el caso, a modo de ejemplo, del contrato nulo por ilicitud de la causa (venta de boletos de lotería por empresa no autorizada: STSJ/Cantabria 13-6-2000 y STSJ/Murcia 1-4-2000). La relación laboral extracontractual que surge de aquella declaración de nulidad no carece, sin embargo, de efectos jurídicos. Como más adelante se verá (*infra* III, 3), en estos supuestos opera el mecanismo restitutorio del artículo 9.2 ET, de forma que el trabajador, materialmente considerado, puede exigir por los servicios prestados la remuneración salarial que corresponda a un contrato de trabajo válido. Aunque no exista tal contrato, no se pasa por alto la relación laboral extracontractual realmente trabada, evitándose así el enriquecimiento injusto del empresario que supondría beneficiarse sin contrapartida de los servicios que le han sido efectivamente prestados.

b) Inexistencia del presupuesto jurídico de la voluntariedad. El carácter impuesto de la relación individual de trabajo elimina la voluntariedad jurídica que necesariamente debe existir en la constitución del vínculo contractual. Sin que se trate aquí de las manifestaciones más ignominiosas del trabajo forzoso, no puede tampoco concederse la calificación de contrato de trabajo al que se establezca bajo aquella imposición. El legislador es consciente de ello al regular los denominados trabajos de colaboración social, a cuya realización vienen obligados los perceptores de prestaciones por desempleo cuando así lo exija la entidad gestora y con los requisitos legalmente fijados, puesto que, en este caso, tales trabajos «no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten…» (art. 213.3 LGSS), debiendo puntualizarse que la relación laboral a la que se refiere este precepto es la contractual. Esta exclusión del contrato de trabajo y la implícita estimación extracontractual de dicha relación resulta obligada ante la ausencia de voluntariedad por parte del trabajador para aceptar la realización de los referidos trabajos, ya que su negativa a este respecto, sin causa justificada, se califica como infracción administrativa grave [art. 25.4.*b*) LISOS], que lleva aparejada la sanción de pérdida de la prestación durante un período de tres meses [art. 47.1.*b*) LISOS]. Con todo, la exclusión de laboralidad prevista en el artículo 213.3 LGSS no opera cuando el objeto de estos trabajos no obedece a su obligada temporalidad, sino que corresponde a actividades normales y permanentes de la entidad para la que se realiza (Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro), en cuyo caso la denuncia extintiva de la relación de servicios constituye un despido improcedente (SSTS 27-12-2013, tres), teniendo por tanto carácter laboral dicha relación.

Distinto del anterior es el supuesto referido al deber normativo de las empresas, privadas o públicas, que cuenten con un mínimo de cincuenta trabajadores, de contratar al menos un 2 por 100 de trabajadores discapacitados (art. 38.1 LISM). Complementariamente, en las ofertas de empleo público —comprensivas de personal laboral y funcionarial— es obligado reservar al menos un 5 por 100 de las vacantes para las personas con discapacidad (art. 59.1 EBEP). La diferencia básica consiste aquí en que la reserva de una cuota de puestos de trabajo para estas personas es un deber normativo genérico compatible con la voluntariedad en la celebración del contrato de trabajo, tanto por parte del empresario, que puede seleccionar a quienes considere más aptos, como para los trabajadores seleccionados, que mantienen en todo caso plena libertad para otorgar su consentimiento.

c) Desvirtuación del presupuesto jurídico de la voluntariedad. La alteración de este presupuesto se produce como consecuencia de la exclusión constitutiva de la relación de trabajo asalariado que para el personal funcionario y el sujeto a una relación administrativa de trabajo realiza el artículo 1.3.*a*) ET.

De esta actuación normativa excluyente podría inferirse que la relación de trabajo de este personal con la Administración Pública es, por su propia naturaleza, de carácter extracontractual, quedando sometida a las correspondientes normas administrativas. Sin embargo, la exclusión constitutiva que ese precep-

to realiza supone que la ley interviene precisamente para desvirtuar los presupuestos jurídicos materiales que están en la base de la relación de empleo público de dicho personal, a fin de que, en el plano individual, no se le apliquen normas laborales. Lo que significa que, desde ese prisma material, la referida relación de empleo público tiene carácter contractual en su constitución aunque no en la determinación individual de su contenido, si bien desde el punto de vista jurídico-formal haya de considerarse como relación extra-contractual de trabajo. La naturaleza contractual de dicha relación es del todo evidente cuando se trata de personal contratado con arreglo a las normas administrativas (por ejemplo, profesores asociados de Universidad). Pero también responde a esa misma naturaleza el supuesto de los funcionarios de carrera, ya que, en este caso, la relación estatutaria de empleo público sólo queda constituida por el concurso de dos voluntades: de un lado, la declaración de voluntad de la Administración Pública mediante el acto de nombramiento y, de otro, la declaración de voluntad del funcionario, plasmada en el acto de toma de posesión, aceptando dicho nombramiento. De este modo, la finalidad de este acto de posesión no consiste en conferir eficacia al acto de nombramiento, sino en atribuir perfección y validez al acuerdo de voluntades sin cuya presencia conjunta no puede nacer la referida relación.

B) Función reguladora

La dotación de contenido al contrato de trabajo por las partes que lo suscriben es de ordinario escasa, pues el de trabajo pertenece al género de los contratos normados, de modo que la mayor parte de su contenido viene ya establecida por las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales. La evolución histórica del contrato de trabajo enseña que esta pérdida progresiva de protagonismo de su función reguladora suele favorecer la posición jurídica del trabajador, que cuenta así con una malla normativa protectora desde el momento en que la autonomía de la voluntad opera, en general, sobre la base del principio de norma mínima, esto es, mejorando o, cuanto más especificando, las condiciones de trabajo establecidas en aquellas disposiciones. En nuestro ordenamiento laboral vigente este concreto espacio regulador y meliorativo queda delimitado con claridad al identificar el cometido que a la voluntad de las partes se le asigna en el contrato de trabajo como fuente de la relación laboral, ceñido negativamente a que «en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos…» [art. 3.1.*c*) ET].

No obstante, al calor de la continua demanda de flexibilidad adaptativa y desreguladora a las necesidades de la producción, la meliorativa función normadora del contrato de trabajo viene cuestionándose desde la década de los ochenta mediante el recurso a la individualización de las relaciones laborales. Alguna doctrina judicial ha prestado cobertura a una utilización cuestionable de la autonomía individual en la regulación del contenido del contrato de trabajo, invocando a este propósito el ordenamiento común de los contratos. A guisa de ejemplo, se acude al artículo 1.255 CC para avalar la estipulación en el contrato de trabajo de cláusulas sobre modificación horaria o de turno siempre que se respeten los límites legales (STSJ/Galicia de 3-1-1991) o para afirmar la validez de pactos individuales de modificación de condiciones de trabajo que operan al margen de la modificación unilateral de las mismas por el empresario en virtud de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 ET (STSJ/Andalucía de 22-7-1989). Ciertamente, dado que el convenio colectivo actúa como norma mínima respecto del contrato de trabajo, estas interpretaciones jurisprudenciales son viables, bien cuando no existe convenio colectivo, bien cuando el vigente guarda silencio sobre la materia o sobre el aspecto concreto de la misma objeto del pacto individual. De esta forma, la inexistencia o la inactividad del convenio ofrecen un mayor espacio regulador a la autonomía individual que, al tiempo, significa con frecuencia una menor garantía de la regularidad legal de los pactos que se alcancen en ese ámbito al carecer de la cobertura convencional.

El TC ha desautorizado unas de las expresiones más visibles de dicha individualización, concretada en la que se ha venido en denominar «contratación laboral en masa», cuya finalidad, como ya se vio [Capítulo 3, I, 2, C)] estriba en utilizar sistemáticamente el contrato de trabajo para lograr por vía individual

con los trabajadores determinados acuerdos sobre condiciones de trabajo en detrimento de la negociación colectiva estatutaria, práctica que no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales cuando su finalidad es eludir el derecho de negociación colectiva constitucionalmente reconocido y garantizado (SSTC 105/1992 y 208/1993).

II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En la configuración del contrato de trabajo como figura jurídico-laboral genérica resulta necesario analizar su estructura, que constituye el armazón básico sobre el que esta institución se construye. El contrato de trabajo obedece a una estructura en la que pueden identificarse los sujetos que lo conciertan, los elementos exigibles para su existencia y el contenido del que puede dotarse este negocio jurídico.

1. Sujetos

A) Trabajador

a) Concepto

De las diversas posiciones jurídicas que el trabajador puede ocupar en el ordenamiento laboral (afiliado a un sindicato, sujeto protegido por el FOGASA, demandante o demandado en un proceso laboral...), la posición central es la que asume como sujeto de un contrato de trabajo. Cierto es que para ocupar alguna de aquellas otras posiciones no es siempre necesario ostentar esta última. Pero no encierra menor certeza afirmar que la condición de sujeto de un contrato de trabajo es la que suele vincular con mayor frecuencia al trabajador con el ordenamiento laboral. De aquí la centralidad de esta posición jurídica.

En cuanto sujeto de un contrato de trabajo, por trabajador ha de entenderse la persona física que se obliga voluntariamente a realizar una prestación laboral por cuenta y bajo dependencia ajenas a cambio de una retribución salarial (art. 1.1 ET). Varias características del trabajo prestado por este sujeto deben ser resaltadas.

a') Trabajo asalariado. La condición de trabajador como sujeto de un contrato de trabajo exige, en términos generales, la concurrencia de los cuatro presupuestos jurídicos genéricos examinados en su momento: la voluntariedad, la dependencia, la ajenidad y la retribución salarial [Capítulo 1, I, 1, C)]. Estos presupuestos cumplen una función delimitadora del trabajo asalariado desde una perspectiva jurídico-formal. Porque, como ya se ha visto [*supra* I, 2, A)], existen trabajadores que materialmente desempeñan su cometido por cuenta y bajo dependencia ajenas pero que no son trabajadores asalariados. Es el caso de las relaciones laborales extracontractuales, en las que, por distintas vías ya examinadas, se sitúan estos otros trabajadores, a quienes sólo de forma limitada se les aplica la normativa laboral.

b') Trabajo de la persona física. El trabajo ajustado a la anterior definición ha de realizarse en todo caso por una persona física. El artículo 1.1 ET no alude a este rasgo, pero doctrina y jurisprudencia lo consideran como requisito insuperable. Este silencio legal es, en realidad, una supresión que viene a cancelar una anterior línea legislativa —iniciada con la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908 y que llega hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944—, de acuerdo con la cual se consideraba trabajador, en su condición de sujeto del contrato de trabajo, tanto a la persona física como a la jurídica, entendiendo, erróneamente, que el contrato de grupo podía encajar en esta segunda categoría [Capítulo 6, I, 3, D)]. El acierto de esta supresión se confirma porque, en términos generales, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia admitieron esa doble calificación.

c') Trabajo personal. El trabajo comprometido conforme a los mencionados presupuestos ha de ser personal, esto es, realizado por el propio trabajador sin delegación posible. Se trata de un rasgo que deriva necesariamente del presupuesto genérico de la dependencia, ya que ésta somete al concreto trabajador al

poder directivo empresarial, de suerte que la prestación concertada se exige a ese trabajador teniendo en cuenta sus aptitudes y cualidades profesionales. Esta característica no debe confundirse con la posibilidad de sustitución del trabajador cuando su contrato está interrumpido o en suspenso, porque en tal supuesto ha de formalizarse otro contrato de trabajo con un trabajador que también habrá de desempeñar su cometido de forma personal y directa.

d') Trabajo indiferenciado. En el sentido de que basta con la concurrencia de los anteriores rasgos para considerar al trabajador como sujeto de un contrato de trabajo, sin que, a estos efectos, importe ninguna otra condición personal (por ejemplo, el sexo o la nacionalidad), social (por ejemplo, la pertenencia o no a un partido político o a una confesión religiosa) o laboral (por ejemplo, las categorías profesionales o las funciones que se realicen), salvo que el objeto del contrato exija la concurrencia de alguna de dichas condiciones.

b) Tipología

Del trabajador asalariado pueden trazarse distintas clasificaciones dependiendo del criterio que se adopte a estos efectos. La ley laboral no establece ninguna clasificación genérica de ese tipo de trabajador. Únicamente utiliza alguna de modo específico al regular determinados aspectos de la figura, sin ninguna pretensión de generalizar. Así sucede, por ejemplo, con la distinción entre trabajadores técnicos titulados y técnicos no titulados a fin de establecer la duración legal máxima del período de prueba en defecto de lo pactado en convenio colectivo (art. 14.1 ET).

Dejando ahora al margen clasificaciones que atienden a la condición personal del trabajador, cuyo estudio se aborda de modo específico en los correspondientes capítulos (por ejemplo, la edad, la discapacidad o la nacionalidad), interesa en este lugar establecer una triple clasificación básica distinguiendo entre trabajadores por razón de la división social del trabajo, de la división técnica del trabajo y de la duración del contrato de trabajo.

a') Trabajadores conforme a la división social del trabajo

No es ésta una clasificación formalmente contemplada en las normas laborales, sino que deriva de la existencia de pautas sociales que repercuten en la esfera jurídico-laboral. Aunque esta tipología afecta a otras clases de trabajadores (por ejemplo, extranjeros o discapacitados), su mayor incidencia se produce en relación con los trabajadores manuales e intelectuales y con los trabajadores masculinos y femeninos.

a'') Trabajadores manuales e intelectuales

Esta distinción hunde sus raíces próximas en la emergencia del Derecho del Trabajo al abrigo de la Revolución Industrial, aunque su origen histórico remoto debe buscarse en la distinción trazada por el Derecho Romano, en el marco del trabajo libre, entre la *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, que regulaba el trabajo manual, y la *locatio conductio operis* o arrendamiento de obra, mediante el que se encauzaba el trabajo intelectual de los artesanos y profesionales libres. En la legislación social del último cuarto del siglo XIX y primero del XX esa dicotomía se traduce en la utilización del término *obrero* para el trabajador manual, en contraposición al término *trabajador* reservado para el que desarrolla un cometido intelectual que, por ello, queda excluido de aquella legislación, concebida así como un Derecho Industrial regulador de las prestaciones manuales en los centros fabriles o en las explotaciones agrarias. Exponente claro de esta disociación es el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926, en el que tan sólo se califica como sujeto del contrato de trabajo al obrero (art. 1). Esta tácita exclusión subsistirá hasta 1931, fecha en que la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de ese año incluye en su ámbito de aplicación expresamente a «los llamados trabajadores intelectuales» (art. 6), si bien deja al margen de éstos a los trabajadores encuadrables como personal de alta dirección y que «puedan ser considerados independientes en su trabajo» (art. 7).

El vigente ET continúa ese criterio unificador, utilizando en su artículo 1.1 el término trabajador de forma indistinta y englobando por tanto en el mismo a los trabajadores manuales y a los intelectuales. Se considera de este modo que la distinción obedece a razones históricas que hace tiempo han decaído, partiendo de la base, además, de que la distinción peca de esquemática y artificiosa, teniendo por ello un carácter relativo, ya que sólo es posible referirse a trabajos en los que predomina la faceta intelectual o la manual, pues ambas están presentes en los distintos tipos de tareas, tendiendo a diluirse en la medida en que el trabajo manual adquiere un mayor nivel de especialización y cualificación.

Con todo y pese a la inexistencia legal en la actualidad de esta disociación histórica, legal y conceptual entre ambos tipos de trabajo, no puede orillarse que, aunque resulte infundado, el trabajo intelectual sigue gozando de una mayor estima social, lo que suele traducirse en la asignación al mismo de una superior retribución salarial. Diferencia que no siempre obedece a factores de carácter académico, técnico o de responsabilidad, sino que deriva de prejuicios sociales de honda raigambre. De suerte que la estimación positiva del trabajo manual que llevó a cabo el liberalismo jurídico proclamando el carácter honroso del mismo [Capítulo 1, II, 3, B)] no ha logrado todavía afincarse de modo pleno, porque si bien el trabajo manual y el intelectual disponen del mismo reconocimiento y protección jurídicas en el plano constitucional (arts. 35 y 53.1 CE), presentan todavía un tratamiento diferenciado en la práctica (señaladamente, aunque no sólo, en el ámbito retributivo como acaba de señalarse) que no se compadece siempre con criterios objetivos y que está en la base de ciertas prácticas discriminatorias indirectas o por el resultado [Capítulo 11, III, 2, B)].

b") Trabajadores conforme al género

Con raíces de amplia trayectoria histórica, reproducidas y ampliadas durante años en la legislación social, la distinción entre trabajadores masculinos y femeninos ha llegado también hasta el ordenamiento laboral vigente. Su actual recepción tiene un carácter de promoción de la igualdad y de tutela antidiscriminatoria, lo que prueba con claridad que las diferencias injustificadas de los trabajadores por razón de género distan mucho de haberse superado pese a los innegables avances que en este ámbito pueden observarse y de la amplia incorporación de la mujer al trabajo.

El específico principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo…» (art. 3 LOI). Esta concreta manifestación del principio de igualdad presenta un doble significado. De un lado, se trata de «un principio informador del ordenamiento jurídico que se debe observar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (art. 4 LOI). De otro lado, del mismo modo que sucede con el principio general de igualdad, constituye un derecho subjetivo no sólo al trato igual sino al trato no discriminatorio, lo que, en sentido positivo, exige la efectividad de un trato paritario u homogéneo desde el plano de los resultados aplicativos de la norma jurídica mediante la articulación de acciones positivas (Capítulo 8, II, 2).

Se utilice o no la facultad de adoptar tales medidas por parte de las empresas, en todo caso la prohibición de discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, «constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo» (SSTC 173/1994 y 41/1999). La conducta empresarial discriminatoria puede combatirse a través de medidas represivas (sanciones administrativas y penales e indemnizaciones) y de medidas correctoras de carácter normativo. El carácter colectivo de estas últimas, a fin de atajar las causas sociales que determinan la conducta discriminatoria, les imprime mayor eficacia que a las primeras, centradas en comportamientos individuales y, por ello, con menor incidencia en el necesario cambio de valores y actitudes al respecto.

b') Trabajadores conforme a la división técnica del trabajo

A diferencia de la anterior clasificación, lastrada por condicionamientos ideológicos, la relativa a la división técnica del trabajo se refiere a una necesidad ineludible, derivada de la formación previa adquirida para acceder al trabajo y de la consiguiente especialización en las tareas a desarrollar, lo que persigue la también necesaria eficacia en el desempeño de las distintas funciones.

La división técnica del trabajo se lleva a cabo mediante la asignación de determinadas funciones al trabajador, lo que comporta llevar a cabo su clasificación profesional a fin de delimitar el objeto y el contenido de su prestación laboral (Capítulo 9, III). Pero esta clasificación de los trabajadores, pese a tener una base técnica, no está exenta de ciertas prácticas dirigidas a desvirtuarla. Dos de esas prácticas muestran mayor incidencia en dicha clasificación.

Una de ellas permite advertir que la inexcusable necesidad a la que obedece la división técnica del trabajo, en ocasiones es utilizada instrumentalmente para ocultar una división social del trabajo que de otro modo carecería de justificación. Piénsese, por ejemplo, en la segregación de categorías profesionales que se puede introducir en los convenios colectivos valorando de forma diversa el trabajo femenino y el masculino, aunque se trate de trabajos de igual valor. Esta actuación va tener su consecuente reflejo, entre otros aspectos, en la distinta retribución de uno y otro (Capítulo 9, III, 1).

Una segunda práctica comporta un proceso de disolución de la categoría profesional como figura clave para realizar la clasificación profesional de los trabajadores y delimitar con suficiente concreción el objeto y el contenido de la prestación laboral (Capítulo 9, III, 2). Se trata de un proceso que sirve objetivamente para ampliar el poder modificatorio funcional que tiene atribuido el empleador.

c') Trabajadores conforme a la duración del contrato de trabajo

Una clasificación esencial de los trabajadores es la que atiende a la duración del contrato de trabajo, permitiendo distinguir entre trabajadores con contrato indefinido y trabajadores con contrato temporal. Esta distinción reposa sobre el principio de causalidad en la contratación laboral, que establece una correlación entre las funciones permanentes en la empresa y su atención mediante contratos de trabajo de duración indefinida, de suerte que la utilización de los contratos temporales ha de obedecer a causas objetivas legalmente establecidas. Pero este criterio objetivo está lejos de cumplirse, como lo prueba la persistente y elevada tasa de temporalidad que lastra desde hace tiempo nuestro modelo de empleo y que, salvo en algunos sectores (construcción, turismo, agrario…), no justifica el recurrente, intenso y generalizado uso de los contratos temporales.

Dejando para más adelante el estudio de las modalidades de contratos de trabajo de carácter indefinido y temporal (Capítulo 6, I, 1), debe señalarse ahora que la posición del legislador sobre la duración del contrato de trabajo ha experimentado ciertas oscilaciones con incidencia en la clasificación que aquí se considera, ya que la evolución normativa de la contratación laboral enseña que la norma no ha conseguido embridar la alta tasa de temporalidad de nuestro subsistema de empleo.

a'') En una primera fase, que se inicia con la regulación del arrendamiento de servicios del Código civil y que prosigue en las leyes de contrato de trabajo de 1931 y 1944, prevalece la autonomía de las partes por lo que respecta a determinar la duración del contrato, lo que, en la práctica supone sometimiento del trabajador a la unilateral fijación de las condiciones de trabajo por el empleador y, entre ellas, la duración del contrato.

b'') Una fase de evolución posterior —guiada por la jurisprudencia, la normativa sectorial y la LRL— restringe la autonomía individual, exigiendo una causa justificada para legitimar la contratación de duración determinada —que se concibe, así, como una vía excepcional de acceso a la ocupación— y estableciendo la presunción favorable al contrato por tiempo indefinido.

c'') Una tercera orientación normativa, que culmina con la Ley 32/1984, amplía de nuevo el ámbito de la autonomía individual y abre el paso a la contratación temporal coyuntural sin causa específica que la

justifique, es decir, fundada en la genérica apelación al fomento del empleo, lo que aumenta acusadamente la tasa de temporalidad.

d") La reforma laboral de 1994 marca una cuarta línea de tendencia: acentúa la ampliación de la autonomía individual y, aunque suprime casi en su integridad la modalidad contractual temporal de coyuntura, adapta de manera más flexible ciertos aspectos de la normativa sobre contratación laboral a las necesidades de las empresas, favoreciendo con ello la vía de la temporalidad. Las más destacables manifestaciones normativas de esta fase han incidido en los aspectos siguientes:

1.ª La derogación parcial de la contratación temporal coyuntural para fomento de la ocupación, que sólo permanece vigente para las personas discapacitadas y las consideradas en situación de exclusión social.

2.ª El reconocimiento de las ETT.

3.ª La supresión de la presunción general a favor del contrato de trabajo de duración indefinida, estableciendo el criterio de indiferencia sobre dicha duración: «1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada» (art. 15.1 ET). Se mantienen, no obstante, ciertas reglas presuntivas a favor de dicho contrato, aplicables ante el incumplimiento de determinadas obligaciones formales o la realización de conductas fraudulentas [*infra* III, 1, A)].

e") En una última fase que, con variantes de distinto alcance, llega hasta la actualidad, la reforma laboral de 1997 pretende estimular la contratación laboral indefinida, mediante los incentivos económicos a la misma [Capítulo 7, I, A)] y la creación del CFCI, sin conseguir con ello, no obstante, que se reduzca de forma significativa la elevada tasa de temporalidad. La reforma laboral de 2012 prosigue esta línea para las empresas que ocupen menos de cincuenta trabajadores. De un lado, con el CTIAE, que fomenta dicha contratación, con ciertos límites, mediante la fijación de un período de prueba de un año e incentivos fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social (art. 4.3, 4 y 5 LEMURMEL). De otro, a través de bonificaciones en dicha cuota por transformación de contratos de trabajo en prácticas, de relevo y de sustitución en contratos de trabajo indefinidos (art. 7 LEMURMEL). Sin embargo, en 2013 está línea inicia un significativo debilitamiento con el RDL-EMCREM, que, sin abandonar los incentivos a la contratación indefinida, vuelve a estimular económicamente con mayor amplitud ciertos contratos temporales [Capítulo 8, I, 1, A)].

B) Empleador

a) Concepto

Al igual que sucede con el trabajador, el empleador puede ocupar distintas posiciones jurídicas en el ordenamiento laboral, ya sea como afiliado a una asociación empresarial, como demandante o demandado en un proceso laboral o en condición de parte negociadora de un convenio colectivo, por citar algunos ejemplos. Pero la posición arquetípica del empleador, de modo también similar al trabajador, es la que le sitúa como sujeto de un contrato de trabajo, aunque tampoco en este caso es preciso tener esta última condición para poder ocupar otras posiciones en el ámbito laboral, señaladamente porque el empleador puede ser sujeto de una relación contractual o extracontractual de trabajo, que, como ya se estudió, conforman, respectivamente, el supuesto usual y el excepcional para identificar una relación individual de trabajo.

La noción legal de empleador tiene un carácter reflejo, ya que la norma laboral lo identifica como una variable dependiente del previo concepto de trabajador asalariado que la propia ley suministra. De aquí que por empleador o empresario haya de entenderse, de acuerdo con el artículo 1.2 ET, la persona física o jurídica o comunidad de bienes que reciba por su cuenta y bajo su dependencia la prestación voluntaria de servicios asalariados.

Esta noción presenta, al tiempo, un carácter amplio, abarcando un ámbito subjetivo para el que determinadas circunstancias que puedan concurrir en el empleador resultan indiferentes a fin de determinar su condición como sujeto de una relación jurídico-laboral:

- El sector de la actividad productiva en el que opere (negocio o explotación industrial, agraria o de servicios).
- El título jurídico mediante el que se lleva a cabo dicha actividad (propietario, arrendatario, usufructuario…).
- La existencia o no de ánimo de lucro. Por tanto, la condición de empleador puede ostentarla quien realice actividades altruistas (asociación para la protección de la naturaleza), benéficas (entidad u organización que presta servicios sociales de ayuda o atención a personas desvalidas o enfermas), políticas o sindicales (partidos políticos, sindicatos) o de servicio público en sentido técnico-jurídico (Administraciones Públicas). Por consiguiente, la noción legal de empleador no coincide con la de empresario mercantil (SSTS 17-7-1993 y 19-1-1994). En este sentido el ET se separó del erróneo precedente de la LCT-1944, que, de forma equívoca, catalogaba como empresario al «individuo o persona jurídica propietaria o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo» (art. 5).
- La existencia o la ausencia de una organización empresarial. El ET, en su artículo 1.1, hace referencia de forma indistinta al empleador o empresario, pero ambas nociones no son sinónimas. La primera es más amplia y concuerda mejor con la definición legal que acaba de enunciarse, ya que el empleador laboral no ha de tener necesariamente la condición de empresario, es decir, de titular de una empresa, bien tenga ésta carácter mercantil, bien carezca de ánimo lucrativo. Por tanto, también es empleador, por ejemplo, la persona física que contrata a un empleado del hogar o el organismo público sin ánimo de lucro que contrata a un trabajador asalariado. No obstante, el texto estatutario y las normas laborales utilizan con más frecuencia el vocablo empresario por la fuerza de la costumbre pero con menor rigor jurídico-laboral.

b) Tipología

La figura del empleador también actúa en el ordenamiento laboral bajo una pluralidad morfológica. Los criterios en torno a los que pueden clasificarse los distintos tipos de empleador se centran en su personalidad jurídica y en su estructura organizativa.

a') Empleadores según su personalidad jurídica

a") Dotados de personalidad jurídica

La noción legal de empleador acoge tanto a la persona física como a la jurídica, esto es, a los sujetos de derecho dotados de personalidad jurídica. Con ello se quiere significar la inexigencia de que el empleador asuma personalmente los derechos y obligaciones derivados de tal condición —a diferencia de lo que acontece de modo necesario con el trabajador—, pudiendo éstos ser asumidos por una persona jurídica bajo las distintas formas organizativas que éstas pueden revestir (sociedades, asociaciones, fundaciones…). La necesaria actuación de la persona jurídica a través de apoderado o representante en la concertación del contrato de trabajo no modifica la condición de empleador que sólo a aquélla le corresponde.

b") Sin personalidad jurídica

La condición legal de empleador viene asimismo atribuida a las comunidades de bienes (por ejemplo, comunidades de propietarios o uniones temporales de empresas). Esta atribución, sin ser inexacta, es

insuficiente desde el punto de vista jurídico. Porque la comunidad de bienes es una específica modalidad incluida en la categoría general de los sujetos sin personalidad jurídica y, por tanto, es esta categoría la que debe entenderse comprendida en la noción de empleador que el ET proporciona. Ello a fin de lograr la correcta simetría definitoria del empleador, incluyendo bajo esta condición tanto a quienes tienen atribuida personalidad jurídica (personas físicas o jurídicas), como a quienes carecen de ella, de modo que esta carencia no suponga para estos últimos eludir sus obligaciones en tanto que empleador. La jurisprudencia ha colmado la defectuosa noción legal, incluyendo en esta última categoría en calidad de empleador no sólo a las comunidades de bienes, sino a otras entidades sin personalidad jurídica (por ejemplo, Agrupaciones de Interés Económico: SSTS 30-1-1990 y 30-6-1993).

b') Empleadores según su estructura organizativa

a'') Empleadores disociados

Este subtipo de empleador comprende, a su vez, distintas modalidades, cuya característica común es la de disociar, parcial o íntegramente, los poderes jurídicos que le corresponden en el contrato de trabajo entre dos o más empleadores, con la consiguiente distribución de derechos, obligaciones y responsabilidades entre ellos.

1.º Empresas de Trabajo Temporal

Una de las manifestaciones normativas de la referida disociación viene dada por las ETT, que actúan en el subsistema de empleo cediendo con carácter temporal a empresas usuarias trabajadores contratados por las primeras, con carácter temporal o indefinido, para prestar sus servicios asalariados en la segundas (arts. 1 LETT y 15.2 y 3 RETT). Se trata de una disociación de los poderes del empleador entre la ETT y la empresa usuaria, que también aparecen incluidas en el artículo 1.2 ET y cuya regulación procura establecer un equilibrio en ese reparto de poderes a fin de que los derechos de los trabajadores cedidos no resulten vulnerados. El estudio de estos singulares empleadores, como consecuencia de la relación triangular que resulta de dicha cesión y del contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria, se realiza al abordar la materia relacionada con el acceso al empleo (Capítulo 7, II, 1).

2.º Empleadores públicos de estibadores portuarios

Cercano al tipo anterior es el de las sociedades anónimas públicas de gestión de los estibadores portuarios. Estos empleadores contratan trabajadores sólo por tiempo indefinido, mediante la relación laboral especial de estibadores portuarios, para cederlos temporalmente a las empresas portuarias dedicadas a aquellos cometidos y que precisen sus servicios. Con estas últimas, los trabajadores formalizan un contrato de trabajo temporal, lo que determina dejar en suspenso el previo contrato de carácter indefinido, salvo que el contrato celebrado con la empresa portuaria lo sea a tiempo parcial, en cuyo caso el contrato por tiempo indefinido con la sociedad anónima pública mantendrá esa misma duración pero la relación laboral especial a tiempo completo con la misma sociedad quedará novada en la modalidad a tiempo parcial (arts. 2.1.*h*) ET, y 149.1, 150.2 y 151.1 RDLEG-PUEM). La diferencia básica con las ETT reside en que en tanto éstas pueden contratar por tiempo indefinido o temporal a los trabajadores objeto de cesión, el contrato de trabajo con las mencionadas sociedades anónimas públicas y los trabajadores cedidos tiene necesariamente carácter indefinido, como acaba de señalarse (art. 151.1 RDLEG-PUEM).

El examen de esta relación laboral especial se lleva a cabo posteriormente, al tratar las restantes relaciones de este mismo carácter [Capítulo 6, I, 2, B)].

3.º Empleadores en contratas y subcontratas

Forma de organización empresarial muy extendida es la que se conoce como descentralización productiva. Entre las distintas manifestaciones que ésta presenta (ETT, teletrabajo, franquicias…), la subcontratación de obras y servicios es una de las que ha alcanzado hace tiempo mayor utilización en distintos sectores de la actividad económica (construcción, informática, transportes…). La mecánica de la subcontratación obedece a una cooperación productiva entre un empleador principal o comitente y uno o más empleadores auxiliares o contratistas, cada uno de los cuales conserva su personalidad jurídica y autonomía económica. Esta cooperación se articula usualmente mediante el contrato de ejecución de obra, ya sea civil, mercantil o administrativo. Comoquiera que puede existir una cooperación en la que intervengan en cascada varias empresas auxiliares, en rigor al primer contrato que el comitente realiza con el contratista se le denomina *contrata*, en tanto que el segundo y sucesivos contratos que los subcontratistas pueden realizar a su vez con otros reciben el nombre de *subcontratas*. En todo caso, por economía de lenguaje se utiliza el vocablo subcontratación para englobar tanto a las contratas como a las subcontratas, denominación que el propio artículo 42 ET emplea en el título con el que abre el precepto.

Las causas de este fenómeno de subcontratación son plurales, pero pueden reconducirse a las económicas (reducción de costes de producción y de personal…) y a las técnicas y organizativas (especialización productiva, mayor agilidad y eficacia…). Si se desenvuelve dentro de los parámetros legalmente establecidos, la subcontratación es una forma lícita de organizar la producción, amparada por la libertad de empresa que el artículo 38 CE reconoce y garantiza (SSTS 27-10-1994 y 17-12-2001).

Este acomodo legal ha de partir de la escurridiza *noción de propia actividad* de las obras o servicios que el empleador principal contrate o subcontrate, como presupuesto de hecho lícito en el que puede moverse este mecanismo descentralizador. La ley excluye de dicho ámbito fáctico los supuestos en que dicha actividad bien se refiera en exclusiva a la construcción o reparación que pueda realizar un cabeza de familia respecto de su vivienda, bien se trate de propietario de la obra o industria que no contrata por razón de una actividad empresarial. Por vía inclusiva, la jurisprudencia ha aceptado la teoría del «ciclo productivo», considerando como propia actividad aquella que es inherente a dicho ciclo, formando parte de las actividades principales de la empresa comitente e incorporándose al producto o resultado final de la misma (SSTS 29-10-1998 y 20-7-2005). Por ejemplo, constituye propia actividad el servicio de ambulancia y transporte sanitario que tiene contratado un Servicio Público de Salud (STS 3-1-2008), y, en sentido contrario, quedan al margen de dicha noción las tareas de vigilancia y seguridad en una compañía eléctrica (STS 10-7-2000).

El artículo 42 ET establece distintas reglas dirigidas a evitar que, exista o no ánimo defraudatorio en la cooperación empresarial, puedan producirse vulneraciones de derechos o efectos negativos respecto de los trabajadores que prestan su servicio en las empresas subcontratadas. Tales reglas se refieren a los deberes de los empleadores que utilizan esta forma de descentralización productiva, a los derechos de los trabajadores afectados, a las responsabilidades de dichos empleadores y a la consiguiente respuesta del ordenamiento respecto de la subcontratación ilegal.

1) Deberes de los empleadores

Forman parte de dichas reglas deberes instrumentales y de información a cargo del empleador principal y/o del auxiliar.

- El deber del empleador principal de comprobar con carácter previo al inicio de la contrata o subcontrata que los empleadores auxiliares están al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social, solicitando de la TGSS certificación negativa por descubiertos.

- El deber de los empleadores principal y auxiliar de informar previamente a los respetivos representantes legales de sus trabajadores sobre determinados datos de la contrata (objeto y duración de la misma, lugar de ejecución, número de trabajadores ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal…).
- El deber del empleador auxiliar de informar por escrito previamente a sus trabajadores de la identidad de la empresa principal con sus datos de identificación (razón y domicilio sociales, número de identificación fiscal), así como a la TGSS.
- El deber del empleador principal de disponer de un libro registro en el que consten los mencionados datos de identificación del empleador auxiliar, a fin de que pueda ser consultado por los representantes de los trabajadores del comitente y del contratista y siempre que ambas empresas compartan un mismo centro de trabajo.
- En materia de prevención de riesgos laborales, los deberes del empleador principal de adoptar las medidas necesarias para que los empleadores auxiliares que desarrollen su actividad en el centro de trabajo reciban la información e instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el mismo y con las medidas de protección y prevención; el deber de vigilar el cumplimiento por los empleadores auxiliares de la normativa en esta materia; y el deber de proporcionar la información necesaria a la empresa auxiliar a fin de que la utilización de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se realice sin riesgos para la seguridad y salud de sus trabajadores y siempre que tales útiles sean proporcionados por la empresa principal (arts. 24.2, 3 y 4 LPRL).
- En materia de prevención de riesgos laborales, los deberes de los empleadores principal y auxiliar de establecer los medios necesarios para la protección y prevención de dichos riesgos y de informar sobre los mismos a los respectivos trabajadores cuando éstos desarrollen su cometido en un mismo centro de trabajo (art. 24.1 LPRL).

2) Derechos de los trabajadores

Además de los derechos correlativos a los antedichos deberes que los empleadores principal y auxiliar o auxiliares han de cumplir en relación con sus trabajadores y sus representantes, la ley reconoce a unos y otros determinados derechos relacionados con la subcontratación.

- De forma genérica, sobre todas empresas principales recae la obligación de informar trimestralmente a los comités de empresa y delegados sindicales de las previsiones en materia de subcontratación, que, por tanto, están referidas a las posibles actuaciones que aquéllas piensen realizar a fin de descentralizar la producción por esa vía [arts. 64.2.*c*) ET y 10.3.1.º LOLS].
- De forma específica para las empresas contratistas y subcontratistas, los trabajadores de estas empresas auxiliares que carezcan de representación tienen derecho a formular a los representantes de la empresa principal cuestiones relativas a la ejecución de la actividad laboral y en tanto compartan centro de trabajo en esta última empresa (art. 42.6 ET).
- Regla asimismo específica para el ámbito de la subcontratación es la relativa al derecho de reunión de los representantes de los trabajadores de las empresas principal y auxiliar, que podrán ejercer cuando compartan de forma continuada centro de trabajo y con la finalidad de coordinarse entre ellos respecto de las condiciones de ejecución de la actividad laboral (art. 42.7 ET). El ejercicio de este derecho de reunión se ajustará a los términos previstos en el artículo 81 ET (Capítulo 16, IV).

3) Responsabilidades de los empleadores

- En materia salarial y de Seguridad Social, la empresa principal responde solidariamente de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata; responsabilidad limitada al año siguiente a su finalización respecto de las obligaciones de naturaleza salarial y a los tres años siguientes a dicha finalización por lo que hace a las obligaciones referidas a la Seguridad Social (art. 42.2 ET conforme al art. 1 Ley 13/2012, de 26 de diciembre). Ello significa que tanto dichos trabajadores como las entidades gestoras de la Seguridad Social pueden exigir el pago de las correspondientes cantidades adeudadas a cualquiera de los empleadores que conciertan la contrata.
- En materia de prevención de riesgos laborales, se establece la responsabilidad solidaria de los empleadores principal y auxiliar del cumplimiento, durante la vigencia de la contrata, de las obligaciones impuestas en dicha materia en relación con los trabajadores que el empleador auxiliar ocupe en los centros de trabajo del empleador principal y siempre que la infracción se haya producido en tales centros de trabajo (arts. 42.3 LISOS y 24.3 LPRL). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad por recargo de prestaciones a la Seguridad Social derivada de accidente de trabajo por incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud laborales (art. 123.1 LGSS), es también solidaria cuando la infracción se produce en centro de trabajo del empleador principal, que a estos efectos ha de considerarse como «empresario infractor» de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.2 LGSS, al ser éste también deudor de seguridad y sujeto de la obligación de vigilancia en esta materia (SSTS 26-5-1989 y 22-7-1994).
- En relación con los restantes deberes instrumentales e informativos de los empleadores, las infracciones administrativas derivadas de su incumplimiento (arts. 6.6, y 7.7, 11 y 12 LISOS) determinan la correspondiente responsabilidad, que se traduce en sanciones de esa naturaleza (art. 42.1 LISOS).

4.º Empleadores de profesores de religión

Expresión destacable de la disociación del empleador es la que ofrecen los sujetos que intervienen en el empleo de los profesores de religión. Dos subtipos básicos de empleador se identifican en este ámbito.

En primer lugar, los empleadores titulares de centros privados concertados. La singularidad de este supuesto reside en que, si bien es el titular del centro quien aparece como sujeto que contrata al profesor mediante una relación laboral común, la retribución del trabajador y la cotización a la Seguridad Social corre a cargo de la Administración Pública competente, quien la hace efectiva como pago delegado en nombre del titular del centro [arts. 117.3.*a*) y 4 y 5 LOE y arts. 34.1 y 3 y 39 RD 2.377/1985, de 18 de diciembre].

Un segundo subtipo corresponde al empleador titular de un centro de enseñanza pública, ya sea de nivel primario o secundario. La principal peculiaridad en este caso deriva de lo dispuesto en el artículo 16.3 CE y en los Acuerdos de Cooperación del Estado Español con las distintas confesiones religiosas reconocidas en nuestro ordenamiento. Conforme a estos fundamentos normativos y a su desarrollo legal, a la confesión religiosa le compete proponer a la persona idónea para el desempeño de esta tarea, que, sin tener la condición de funcionario, ha de reunir los requisitos legalmente exigidos para impartir docencia en dichos centros, en tanto que a la Administración educativa, estatal o autonómica, le corresponde efectuar su contratación, en régimen laboral y por tiempo indefinido, entre las personas propuestas, salvo que se trate de sustituir al titular del puesto en cuyo caso el contrato de trabajo a utilizar será el de interinidad (Disp. Adic. 3.ª LOE y art. 4.1 y 4 RD 696/2007, de 1 de junio). En consecuencia, aunque la condición de empleador la ostenta la Administración educativa, ésta tiene limitada su libertad de contratación laboral,

ya que la decisión de contratar ha de ejercerse necesariamente en el marco de la propuesta que la autoridad religiosa formule mediante la declaración de idoneidad. Dicho de otro modo, la libertad empresarial de contratación ha de compartirse por la Administración con dicha autoridad, aunque la primera aparezca como único empleador.

La doctrina constitucional ha alcanzado a este respecto dos conclusiones que pueden plantear problemas de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores contratados. Una primera conclusión afirma la viabilidad constitucional de que el juicio de idoneidad «no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores» (STC 38/2007, de 15-2). En segundo lugar, ha considerado el TC acorde a la CE la exigencia de idoneidad eclesiástica como requisito para acceder a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública mencionados, si bien ha subrayado al tiempo que la declaración de idoneidad o su revocación no pueden adoptarse desconociendo los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 38/2007, de 15-2 y 128/2007, de 4-6). Tal desconocimiento se produce, por ejemplo, al despedir a profesores de religión de un centro público por considerar que su participación en una huelga legal es una conducta indigna que perjudica la buena imagen de la Iglesia Católica, lo que comporta la declaración de nulidad del despido por obedecer a un móvil lesivo del derecho fundamental de huelga (SSTS 10-2-2009 y 17-4-2009).

b") Empleadores plurales con dirección común

Desconociendo las complejas estructuras organizativas que hace ya tiempo adoptan las empresas, la noción estatutaria que del empleador brinda el ar-tícu-lo 1.1 ET no contempla el grupo de empresas como una de las modalidades específicas que puede revestir el sujeto para quien se efectúa una prestación de trabajo asalariado. Ciertamente, el texto estatutario no ignora esa realidad empresarial en distintos pasajes (por ejemplo, en materia de despidos colectivos, art. 51.14, o en punto a la sucesión de empresa, art. 44.10), pero, pese a ello, no considera necesario catalogar conceptualmente esa realidad como empleador, limitándose a esas específicas y esporádicas alusiones.

Obedientes a una etiología plural (diversificación del riesgo, mayor eficacia en la producción de bienes o en la prestación de servicios, flexibilidad organizativa…), los grupos de empresas cuentan, sin embargo, con una extensa implantación y con la consiguiente incidencia en el ámbito de las relaciones laborales, pese a que el ET no las defina como sujetos del contrato de trabajo. La actuación de estos grupos en ese ámbito puede ser desde luego lícita cuando obedezca a razones técnicas y organizativas y se respeten los derechos del trabajador en las decisiones que le afecten (STS 26-11-1990). Pero la compleja estructura del grupo puede servir como instrumento para la indebida utilización por las empresas que lo forman de los servicios asalariados de sus trabajadores. Por ejemplo, decidiendo la movilidad funcional o geográfica del trabajador en el seno del grupo y entendiendo que cada traslado implica formalizar un nuevo contrato de trabajo dada la personalidad jurídica propia de cada empresa que lo integra, con la consiguiente pérdida de derechos por parte del trabajador trasladado (antigüedad, promoción, retribución salarial consolidada…).

Estas prácticas desviadas condujeron a la jurisprudencia a acotar una noción del grupo de empresas a efectos laborales, entendido por tal el conjunto de empresas jurídicamente autónomas pero sometidas a una dirección organizativa y económica única. Esta noción surge de la necesidad de proteger jurídicamente a los trabajadores que presten sus servicios en distintas empresas del grupo con desconocimiento de los derechos que les correspondan, tanto a ellos como a sus representantes. Tal noción se construye sobre la denominada doctrina del «levantamiento del velo» que, a fin de garantizar los referidos derechos, pretende lograr «la prevalencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas» (STS 8-6-2005). La delimi-

tación conceptual que se efectúa a este propósito conjuga ciertos *elementos caracterizadores*, que operan a título de indicios, a fin de establecer la responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones de cada una de las empresas integrantes con uno a varios de sus trabajadores (STS 30-6-1993).

1.º *Pluralidad de componentes*. Determina la necesaria existencia de más de una entidad empresarial diferenciada, cada una de las cuales ha de configurarse con personalidad jurídica independiente. De ahí que se excluyan de la noción los supuestos en los que no existe esa personalidad jurídica propia de cada empresa ni, por tanto, formación del grupo a partir de esta autonomía formal. Tal es el caso, por ejemplo, de la fusión de empresas (desaparición de las sociedades iniciales y creación por integración de una nueva y única), o de la incorporación de empresas (absorción de las entidades anteriores por una de ellas u otra externa).

2.º *Sometimiento fáctico a una dirección común*. Desde el prisma laboral, en el grupo existe de hecho una dirección común, pese a la independencia jurídica de las empresas integrantes. Ello se traduce en una unidad orgánica del grupo, tanto gestora u organizativa como económica (STS 24-7-1989). No concurre este elemento, en consecuencia, cuando se trata de una mera coordinación de empresas, como sucede con el cártel, fórmula aglutinadora de un conjunto de empresas independientes que adoptan determinados acuerdos dirigidos a regular la producción y los precios en una determinada actividad económica a fin de evitar la libre competencia. Tampoco cuando no se pierde completamente la independencia jurídica, como es el caso, del *holding*, supuesto en el que una sociedad compra acciones de otra u otras con objeto de someterlas a su control.

3.º *Existencia fáctica de una sola plantilla*. La sujeción real a una dirección común lleva aparejada la existencia fáctica de una sola plantilla, realizando los trabajadores su prestación de forma simultánea o sucesiva, pero indiferenciada, a varias empresas del grupo. Se puede producir así «la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores» (STS 30-1-1990), lo que comporta una situación de simultánea cotitularidad del empleador respecto de los trabajadores a fin de responder solidariamente de las obligaciones contraídas con éstos.

4.º *Actuación externa unitaria*. La presentación externa de las empresas pertenecientes al grupo como una sola, crea la apariencia de unidad empresarial. La creación de una apariencia verosímil por quien la genera le obliga «frente a los que de buena fe aceptan esta apariencia como una realidad» (STS 27-6-1983), de suerte que el grupo que asumió externamente esa apariencia unitaria, aunque no lo sea formal o jurídicamente, debe responder frente al trabajador cuando utilice sus servicios con vulneración de los derechos que éste tenga reconocidos.

En suma, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a fin de determinar el empleador real en el marco de los grupos de empresas, exige la presencia, cuando menos indiciaria, «de un principio de prueba que suscite la sospecha de que la realidad material no es la que aparentan las formas» (STS 8-6-2005). Dicho principio ha de encauzarse procesalmente a través de la concurrencia de los anteriores elementos o circunstancias que, a título de indicios, puedan acreditar la existencia del grupo empresarial como empleador único.

c) Empleador, empresa y centro de trabajo

a') Empleador y empresa

Del concepto laboral de empleador o empresario debe diferenciarse la noción de empresa, utilizada también en ese ámbito, aunque no únicamente en él, ya que la empresa es una realidad institucional dotada de perfiles diversos, de orden económico, sociológico y jurídico.

Desde una perspectiva económica la empresa se configura como «la organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada» (Garrigues). Prevalece aquí la idea de explotación económica de la producción o distribución de bienes y servicios para cuya finalidad lucrativa se organizan unitariamente dichos factores. Considerada en su faceta sociológica, la empresa es

una forma de organización social mediante la cual las personas que la integran interactúan entre sí y con terceros, de acuerdo con ciertos valores, creencias y pautas de comportamiento de las que derivan ciertas relaciones sociales y técnicas de producción objeto de estudio sociológico.

Bajo el prisma jurídico, el ordenamiento laboral no proporciona una definición de lo que deba entenderse por empresa. Sin embargo, a lo largo del ET el término empresa se utiliza en dos sentidos: subjetivo y objetivo.

En sentido subjetivo, y de forma equívoca, la empresa aparece en el ordenamiento laboral como equivalente a la noción de empleador. Por ejemplo, la negativa de la empresa a aceptar la reclamación de ascenso por el trabajador (art. 39.4 ET) o la facultad de la empresa de desplazar temporalmente a sus trabajadores (art. 40.4 ET). Esta utilización subjetiva debe rechazarse por incorrecta, ya que con la misma se identifican conceptualmente dos nociones que no son intercambiables.

Tomada en su acepción objetiva, se distingue de forma adecuada entre empresa y empleador. Aunque tampoco se facilite desde este plano un concepto de empresa, su utilización objetiva permite acotarla como un conjunto organizado de medios humanos, económicos y técnicos, dirigido por el empleador hacia la consecución de una determinada finalidad de producción o distribución de bienes o servicios. Esta noción de empresa no implica atribuirle de modo necesario finalidad lucrativa, que puede estar presente (sociedad mercantil) o no (cooperativa de trabajo asociado), ya que se trata de una noción con efectos circunscritos al terreno laboral. Ejemplos de la misma los brindan, entre otros, la información, consulta y participación en la empresa como derecho básico del trabajador ejercido colectivamente [art. 4.1.*g*) ET], o la movilidad funcional en el seno de la empresa en cuanto ámbito en el que se desenvuelve el ejercicio regular del poder modificatorio del empleador (art. 39 ET).

b') Empresa y centro de trabajo

a'') Concepto de centro de trabajo

La acepción objetiva de la noción de empresa delimitada por inferencia en el ordenamiento laboral, ha de distinguirse, asimismo, del concepto de centro de trabajo. La norma laboral no utiliza de manera sinónima ambas figuras, sino que se refiere a ellas de forma diferenciada. En ocasiones, es la empresa el ámbito que se toma en consideración, por ejemplo, para fijar el calendario de vacaciones (art. 38.4 ET) o para computar el número de trabajadores que determina la aplicación del procedimiento de despido colectivo (art. 51.1 ET). En otros casos, el centro de trabajo es el módulo a tener en cuenta, como sucede, a modo de ejemplo, con la movilidad geográfica del trabajador a otro centro de trabajo (art. 40.1 ET) o con los registros sobre la persona del trabajador que sólo pueden realizarse en el centro de trabajo (art. 18 ET). Esta distinción casuística viene facilitada por el propio ET que, a diferencia del silencio que guarda respecto del concepto de empresa, proporciona una noción legal de centro de trabajo, identificándolo como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral» (art. 1.5). Con todo, esta noción planteaba la dificultad de esclarecer el perímetro del centro de trabajo como presupuesto para la aplicación de los distintos preceptos en los que dicha realidad material aparecía incorporada. Correspondió a la antigua doctrina judicial del TCT determinar el alcance de los requisitos generales que se utilizan en el referido precepto estatutario para acotar la noción de centro de trabajo (SSTCT 27-2-1987 y 9-3-1987).

b'') Requisitos generales

1) *Unidad productiva*. Entendiendo por tal, con un criterio extenso, la realidad primaria y más simple que sirve de soporte a la realización práctica de la actividad empresarial, que posee una individualidad propia y diferenciable del resto de la organización empresarial por diversas exigencias o conveniencias de aquella actividad (por ejemplo, atención a una parte de la clientela en una determinada área geográfica).

2) *Organización específica*. La unidad productiva ha de contar con una organización dotada de cierta autonomía organizativa y de funcionamiento, compatible con la dirección y planificación unitarias del conjunto de la empresa por el empleador. El grado de autonomía es variable, pero debe existir un umbral mínimo para ejercerla (no existiría, por ejemplo, en el caso de un almacén de mercancías anexo a un centro comercial).

3) *Formalización del alta*. El centro de trabajo que reúna los anteriores requisitos ha de ser dado de alta ante la autoridad laboral competente. No se trata de una exigencia constitutiva, sino meramente declarativa, dado que el RD 1/1986, de 14 de marzo, suprimió la previa y obligatoria autorización administrativa para proceder a la apertura de un centro de trabajo o para reanudar la actividad en el mismo tras haber efectuado modificaciones relevantes, estableciendo tan sólo la obligación de comunicar a dicha autoridad la apertura o la reanudación del trabajo del centro (art. 6).

No obstante, en materia de prevención de riesgos laborales, y dada la trascendencia de la misma en la actividad laboral, la ausencia de esa comunicación o la consignación inexacta de datos en la misma, suponen infracción administrativa, leve o grave dependiendo de que la industria de que se trate no esté legalmente calificada como peligrosa, insalubre o nociva o, por el contrario, tenga esta calificación (arts. 11.3 y 12.5 LISOS).

c'') Supuestos específicos

En determinados casos, la calificación legal del centro de trabajo experimenta cierta modulación o exceptuación como consecuencia del singular emplazamiento de la actividad laboral.

1) *La actividad laboral en el mar*. Para esta actividad, y a los únicos efectos del ET, de forma expresa se considera el buque como centro de trabajo, debiendo entenderse situado en la provincia donde radique su puerto de base (art. 1.5 ET).

2) *El centro de trabajo móvil*. Se ha de considerar como tal aquel que corresponda a las empresas en las que, de forma íntegra o parcial, el objeto de su actividad ha de ser realizado de forma itinerante (por ejemplo, empresa dedicada a la instalación o reparación de tendido eléctrico en distintas zonas). En estos centros de trabajo la movilidad geográfica de los trabajadores que presten sus servicios en los mismos no se rige por las reglas generales previstas al respecto en el artículo 40 ET, pues éstas parten de la consideración estática del centro de trabajo.

3) *El trabajo a distancia*. En el trabajo a distancia (anteriormente denominado a domicilio) no es posible referirse a centro de trabajo de la empresa, puesto que el trabajador es quien elige el lugar de la prestación, que puede o no ser su propio domicilio, pero que en ningún caso se desarrolla en las instalaciones de la empresa. Con todo, este emplazamiento atípico del lugar de trabajo no exime al empresario de controlar la adecuación de las condiciones de seguridad y salud en el centro de trabajo externo donde se realice la prestación laboral a distancia [Capítulo 6, I, 1, B)].

2. Elementos esenciales

Al igual que sucede con cualquier otra relación contractual, la validez del contrato de trabajo exige que concurran determinados elementos esenciales: el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establece.

El objeto (la prestación laboral y el salario) y la causa (la cesión de los frutos del trabajo al empresario a cambio del salario) del contrato de trabajo se rigen básicamente por las reglas que se establecen en el ordenamiento común (Código Civil). Por tanto, con relación a estos elementos las peculiaridades no derivan de la normativa común aplicable, sino del ámbito material sobre el que la misma se proyecta.

A) Objeto

El objeto inmediato del contrato en general es, en puridad, la obligación u obligaciones que mediante el mismo se constituyen. Ahora bien, comoquiera que el contenido de la obligación es, a su vez, una prestación de dar, hacer o no hacer, el objeto mediato —u objeto del contrato en la denominación usual— viene delimitado por las cosas o servicios que son materia de tales obligaciones (art. 1.261.2.º CC).

De este modo, el objeto del contrato de trabajo es la materia sobre la que recae la voluntad del empleador y del trabajador, esto es, la relación de intercambio de trabajo por salario, en la terminología del artículo 1.1 ET los «servicios retribuidos».

El objeto del contrato de trabajo ha de reunir también los requisitos exigidos al respecto en el ordenamiento común privado (arts. 1.271 a 1.273 CC). Su ausencia o presencia viciada determina usualmente la nulidad del contrato.

a) Posible, tanto en sentido objetivo (trabajo que materialmente pueda realizarse) como subjetivo (aptitud profesional del trabajador para desempeñar el trabajo comprometido).

b) Lícito. El ajuste a este requisito supone que la prestación convenida ha de referirse a servicios que no contraríen las leyes o las buenas costumbres (art. 1.271 CC); fórmula que debe entenderse referida no a pautas morales extrajurídicas sino a prohibiciones legales que, eventualmente, pueden incorporar una reprobación social (por ejemplo, contrato de trabajo con una retribución inferior al SMI).

c) Determinado o determinable. En el contrato de trabajo no siempre es factible especificar con absoluta precisión su objeto, de aquí que se admita como válida la determinación posterior de algunos ingredientes que lo configuran. De un lado, porque la delimitación del tipo de trabajo a desempeñar ha venido realizándose por referencia a una categoría o grupo profesional —hoy sólo al grupo profesional tras la supresión de la categoría como criterio de clasificación profesional por la LEMURMEL—, sin perjuicio de que posteriormente la forma y el contenido de las funciones que sean concretadas con mayor precisión o no sean exigidas siempre todas las integran esos módulos profesionales. De otro, dado que la cuantía del salario no puede determinarse siempre de forma completa en el momento de contratar, pues existen ciertos componentes variables del mismo que sólo cuando la prestación laboral se ejecuta pueden quedar especificados (por ejemplo, complementos salariales por cantidad o calidad de trabajo).

B) Causa

Entendida como finalidad propia del negocio contractual, tanto en sentido subjetivo como objetivo, la causa del contrato de trabajo, dado el carácter oneroso de éste, alude a la voluntad de intercambio de trabajo por salario (art. 1.274 CC), de modo que dicho negocio se acomode a la finalidad económico-social que el ordenamiento le atribuye. Por tanto, las dos facetas de la causa están presentes en la relación contractual de trabajo asalariado. Por una parte, la faceta subjetiva, ceñida al propósito coincidente de las partes bajo el designio de intercambiar fuerza de trabajo por retribución salarial, al margen de los concretos motivos que les induzcan a realizar ese intercambio. Por otra, la faceta objetiva, conforme a la cual ese propósito ha de estar encauzado a la producción o distribución de bienes o servicios.

Ambas dimensiones han de confluir para la validez del contrato, ya que la ausencia o la ilicitud de la causa determina su nulidad por contrariar las leyes o la moral (arts. 1.275 y 1.276 CC). Por consiguiente, la nulidad afecta al acuerdo formalizado con intención tan sólo aparente, de forma que la voluntad de intercambio no existe y, en consecuencia, la finalidad económico-social del negocio queda frustrada (por ejemplo, contrato de trabajo aparente con el fin de obtener prestaciones por desempleo). Y también incide sobre el acuerdo en el que, existiendo el propósito de intercambio, la finalidad perseguida por las partes se opone a la citada finalidad o causa objetiva (por ejemplo, contrato de trabajo para ejercer la prostitución).

C) Consentimiento y capacidad laboral para contratar

El consentimiento, plasmado en las declaraciones de voluntad de los sujetos del contrato de trabajo, comprende, en realidad, tres aspectos diferenciables: la capacidad para consentir, los modos de prestar el consentimiento y los vicios que éste puede presentar. Los dos últimos aspectos no tienen una regulación específica en el ordenamiento laboral. Por consiguiente, tanto los modos de prestar el consentimiento para el concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto y la causa que constituyen el contrato, como los vicios que pueden invalidar la prestación (error, violencia, intimidación o dolo) se rigen por lo prescrito a tal efecto en el ordenamiento común. No obstante, la capacidad para consentir o capacidad laboral para contratar ofrece, por lo que respecta al trabajador, un régimen jurídico que se separa en cierto modo del ordenamiento común. Con carácter previo al estudio de ese régimen, conviene hacer dos precisiones.

Por una parte, debe señalarse que, en el ordenamiento laboral la capacidad contractual de los sujetos del contrato de trabajo también presupone la capacidad de obrar, es decir, la idoneidad genérica para ser titular de derechos y obligaciones por medio del reconocimiento de la personalidad jurídica. Por otra parte, hay que señalar la diferencia existente entre capacidad laboral para contratar y aptitud para trabajar. La capacidad laboral para contratar implica la idoneidad específica de los sujetos mencionados para llevar a cabo el contrato con plena validez y eficacia jurídicas. La aptitud para trabajar alude a la exigencia normativa de que el trabajador posea un título profesional o académico y/o determinada experiencia profesional que acredite la capacitación técnica suficiente para poder ejercer una actividad laboral. Adicionalmente, la ley puede establecer condicionamientos para el ejercicio de ciertas profesiones (por ejemplo, la colegiación obligatoria), lo que, junto a la exigencia de titulación, constituye una limitación justificada del derecho al trabajo (STC 3/2013).

a) La capacidad contractual del trabajador

Hay cuatro circunstancias que inciden en la capacidad contractual del trabajador: la edad, la nacionalidad, las causas de incapacitación y la condena penal.

a') La edad

El ordenamiento laboral exige al trabajador un nivel determinado de madurez física y psíquica que le permita conocer el alcance del compromiso que contrae y cumplir el contenido (derechos y obligaciones) del contrato que se propone formalizar y ejecutar. La finalidad de salvaguardar el grado de educación básica que debe recibir toda persona está íntimamente relacionada con la adquisición de este nivel. De manera adicional, el aplazamiento de la edad de acceso a la ocupación persigue, asimismo, como se verá en su momento, una finalidad de reparto del trabajo entre la población activa [Capítulo 8, III, 2, A)]. La exigencia de que la persona alcance el nivel necesario de madurez se concreta en el cumplimiento de una edad mínima para contratar laboralmente. A partir de esta exigencia básica, la regulación de la capacidad contractual del trabajador se articula en tres grados: incapacidad laboral, capacidad laboral limitada y capacidad laboral plena.

1.º Incapacidad laboral

El grado de incapacidad laboral incluye a los menores de dieciséis años, dada la prohibición legal de que puedan ser admitidos al trabajo (art. 6.1 ET). Alcanzado por el menor el grado pleno de madurez con la mayoría de edad, lo coherente sería establecer la incapacidad laboral para los menores de dieciocho años puesto que hasta su cumplimiento se entiende que no poseen esa plenitud. El legislador no sigue este criterio por razones básicamente económicas, vinculadas sobre todo a la contención de la tasa de paro y a la garantía de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

La prohibición legal vigente configura una regla de derecho necesario absoluto, intangible, por tanto, para la autonomía individual y colectiva, y de aplicación preferente con respecto a las normas internacionales que permitan la fijación de una edad inferior a los efectos indicados. El ET sólo admite, por vía de excepción, el trabajo de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, con previa autorización por escrito, respecto de actos determinados y siempre que su intervención no represente un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.

La formalización del contrato de trabajo por parte de un menor de edad laboral comporta su nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de la obligación de abonar al menor la remuneración consiguiente a un contrato válido por la prestación de sus servicios (art. 9.2 ET).

2.º Capacidad laboral limitada

En el grado de capacidad laboral limitada se incluyen los menores de dieciocho años y los mayores de dieciséis años no emancipados y que tampoco hayan obtenido el beneficio judicial de la mayoría de edad.

Esta limitación de la capacidad contractual del trabajador se traduce en la exigencia de la autorización previa, tácita o expresa, de sus representantes legales (padres, tutores, o persona o institución que los tenga a su cargo) para la formalización válida del contrato de trabajo. Puesto que se trata de una autorización y no de una representación, quien consiente y lleva a cabo el contrato es el menor, ya que el carácter personal de la prestación laboral es incompatible con la figura de la representación. Una vez concedida la autorización, ésta no puede ser condicionada o limitada, puesto que la persona autorizada para contratar sus servicios como trabajador queda también facultada para ejercer los derechos y cumplir los deberes que se deriven de su contrato [art. 7.*b*).2.º ET]. El contrato de trabajo realizado por un menor sin autorización es anulable, pero no nulo, de manera que puede ser confirmado, expresa o tácitamente, por la persona que deba completar la capacidad o por el mismo trabajador cuando llegue a la mayoría de edad.

3.º Capacidad laboral plena

Disfrutan del grado de capacidad laboral plena aquellos que tengan capacidad plena de obrar conforme a lo que dispone el Código Civil. Esta capacidad puede obtenerse por tres vías diferentes:

1.ª Cuando se alcanza la mayoría de edad (dieciocho años).

2.ª Cuando se ha obtenido la emancipación en el caso de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis (por matrimonio, excepto cuando se lleva a cabo con dispensa judicial a los catorce años, ya que en tal caso no se alcanza la edad laboral mínima; por concesión de quien ejerce la patria potestad y por concesión judicial).

3.ª Cuando se ha obtenido el beneficio de la mayoría de edad por concesión judicial en el supuesto de menores sometidos a tutela.

b') La nacionalidad

La capacidad laboral para contratar se encuentra sujeta, en el caso de los trabajadores extranjeros, a lo que dispone la legislación específica sobre la materia [art. 7.1.*c*) ET]. Esta legislación obliga a distinguir, a tal efecto, entre trabajadores comunitarios y trabajadores no comunitarios.

A los trabajadores comunitarios no se les exige ningún requisito que condicione la validez de los contratos de trabajo que desarrollan, de manera que se someten al régimen jurídico previsto al respecto para los trabajadores españoles. La formalización del contrato de trabajo y la prestación válida del consentimiento por parte de los trabajadores no comunitarios requiere la obtención conjunta de las autorizaciones de residencia y de trabajo correspondientes, de clases y duración diferentes según la actividad laboral que se lleve a cabo y el ámbito geográfico donde pueda prestarse (Capítulo 7, III, 3 y 4).

c') Las causas de incapacitación

Las causas de incapacitación hacen referencia a determinadas circunstancias relativas al estado físico o psíquico de la persona, al margen de la edad o de la nacionalidad. La regulación de estas causas se encuentra en el ordenamiento civil y se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico» (art. 200 CC).

De acuerdo con esta regulación, deben tenerse en cuenta dos precisiones. Por un lado, la exigencia de que las causas mencionadas, para que puedan incidir sobre la capacidad contractual del trabajador, han de impedir a la persona gobernarse a sí misma. Por otro, que la declaración de incapacidad y el hecho de determinar su alcance son competencia exclusiva del juez civil.

La nulidad de pleno derecho del contrato de trabajo es la consecuencia establecida en el ordenamiento si el incapacitado judicialmente para concertarlo lo formaliza, sin que este hecho sea un impedimento a fin de reclamar la consiguiente remuneración a un contrato válido por los servicios prestados (art. 9.2 ET).

d') La condena penal

Los condenados con pena accesoria o principal de inhabilitación especial para profesión u oficio, en todo lo que guarde relación directa con el delito cometido, ven limitada su capacidad contractual como trabajadores, de modo que no podrán ejercerlo durante el tiempo que dure la condena [arts. 39.*b*) y 45 CP].

b) La capacidad contractual del empresario

El ordenamiento laboral no establece ninguna especialidad por lo que respecta a la capacidad contractual del empresario, de manera que es preciso remitirse a las reglas comunes de los ordenamientos civil y mercantil. En este marco normativo debemos distinguir la doble condición que puede tener el empresario en el contrato de trabajo, como persona física y como persona jurídica.

El empresario persona física mayor de dieciocho años, o menor emancipado o que haya obtenido el beneficio de la mayoría de edad, tiene plena capacidad para contratar laboralmente. El menor de dieciocho años no emancipado tiene limitada su capacidad contractual como empresario, ya que sólo puede concertar el contrato de trabajo por medio de su representante legal. Las causas de incapacitación y la condena penal con pena accesoria o principal de inhabilitación especial para la industria o el comercio en todo aquello que guarde relación directa con el delito cometido por lo que respecta al empresario persona natural operan con el mismo alcance ya señalado para la capacidad contractual del trabajador.

La capacidad contractual del empresario persona jurídica, ya sea privada o pública, se determina en las normas correspondientes que regulan su organización y funcionamiento (contrato de sociedad, estatutos, normas legales y reglamentarias). En cualquier caso, la persona jurídica empresario contrata por medio de personas físicas que tienen conferida representación legal o voluntaria y que actúan en nombre y por cuenta del empresario.

La ley también atribuye la condición de empresario a las comunidades de bienes (por ejemplo, los copropietarios de un edificio o las agrupaciones temporales de empresas), que son sujetos de derecho desprovistos de personalidad jurídica, pero habilitados para contratar laboralmente [*supra* II, 1, B)]. Los sujetos agrupados bajo este modo de personificación del empresario responden solidariamente frente al trabajador del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo (SSTS 12-2-1990 y 26-3-1999).

3. Contenido

Componente básico de la estructura del contrato de trabajo, el contenido del mismo se identifica con el conjunto de derechos y deberes recíprocos que asumen las partes de esta relación contractual. Del amplio entramado que deriva de tales posiciones jurídicas subjetivas interesa detenerse ahora en la configuración de los poderes empresariales y de los derechos del trabajador que en esa singular relación les atribuye el ordenamiento laboral. Conviene advertir que el examen de estos últimos se ciñe a su clasificación y caracterización general, puesto que la mayor parte de ellos recibe un tratamiento más pormenorizado en los correspondientes capítulos de esta obra. Por otra parte, también es preciso señalar que el estudio de los deberes del trabajador, asignados en la genérica relación que de los mismos formula el artículo 5 ET, queda remitido a los correspondientes capítulos del Curso en los que, por razón de la materia, dichos deberes son contemplados.

A) Poderes del empresario

a) Clases y fundamento

El ordenamiento laboral delimita la posición jurídica del empresario como parte del contrato de trabajo y le reconoce unos poderes determinados. El primero es el *poder de dirección*, gracias al cual el empresario puede desplegar facultades organizativas y ordenadoras en relación con el trabajo en la empresa. De manera derivada y conexa, el empresario también es titular de dos poderes más: el *poder de modificación*, que le faculta para realizar alteraciones del objeto y del contenido del contrato y el *poder disciplinario* que le habilita para sancionar los incumplimientos contractuales y culpables del trabajador.

Los poderes empresariales que acaban de mencionarse se apoyan en un fundamento jurídico común, manifestado de forma directa e indirecta. El fundamento indirecto o mediato de estos poderes se basa en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente (art. 38 CE). Desde esta base constitucional y de manera directa o inmediata estos poderes surgen del contrato de trabajo como instrumento jurídico que los canaliza y que, al mismo tiempo, delimita los contornos de su ejercicio. Ambas vertientes proporcionan un fundamento unitario a la mencionada tríada de poderes, ya que en todos ellos puede apreciarse esa doble base jurídica sustentadora. Con todo, la homogeneidad del soporte en el que se apoyan estos poderes no significa que sean intercambiables entre sí, ya que entre los mismos existen diferencias conceptuales y de régimen jurídico que deben considerarse por separado.

b) El poder de dirección

a') Concepto

El poder directivo atribuido al empresario o persona en quien éste delegue está integrado por un conjunto de facultades organizativas y ordenadoras del trabajo en la empresa y de las prestaciones laborales concretas. Se trata, por tanto, de un poder instrumental, dado que se dirige a asegurar el funcionamiento y la consecución de las finalidades propias de la actividad productiva de la empresa. Un poder, por otra parte, necesario en cualquier estructura empresarial para garantizar su adecuado desenvolvimiento, incluso en aquellas formas organizativas de la empresa en las que existan las mayores cotas de participación o autogestión por parte de los trabajadores, aunque no cabe desconocer que en estas otras formas el origen y el funcionamiento democrático de dicho poder le imprimen mayor legitimidad y aceptación.

La atribución de este poder directivo al empresario y su consiguiente po-sición de supremacía en el contrato de trabajo llevan aparejada la paralela posi-ción de dependencia o subordinación del trabajador, que, recuérdese, debe prestar sus servicios «dentro del ámbito de organización y dirección» del empresario (art. 1.1 ET).

b') Contenido

El poder directivo identifica una posición jurídica dotada de un contenido plural y que, por consiguiente, engloba varias facultades.

1.ª La facultad de impartir instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa (tales como la fijación de la plantilla de trabajadores o el régimen de prestación del trabajo), y de cursar órdenes singulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores, especificando el contenido de su prestación laboral (art. 20.2 ET).

2.ª La vigilancia y el control para comprobar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. El ET contempla dos manifestaciones específicas de esta facultad:

- La que se atribuye al empresario para que pueda comprobar, mediante el reconocimiento a cargo de personal médico, el estado de enfermedad o accidente del trabajador como causa alegada por éste para justificar su inasistencia al trabajo (art. 20.4 ET).
- La que, conforme al artículo 18 ET, habilita al empresario para llevar a cabo «registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa». Estos registros están sometidos a determinados límites específicos: personal (respeto a la dignidad e intimidad del trabajador), locativo (en el interior del centro de trabajo), temporal (en horas de trabajo) y de control (asistencia de un representante de los trabajadores o, en su ausencia y si fuera posible, de otro trabajador de la empresa).

3.ª La facultad de cierre empresarial en los casos de peligro notorio de violencia o daños, ocupación ilegal del centro de trabajo u otros comportamientos colectivos irregulares en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción (art. 12 DLRT). Aunque deriva del poder directivo, esta facultad se configura como un específico poder de policía del empresario tendente a evitar actuaciones ilícitas en relación con las instalaciones, los medios e instrumentos de producción y las personas que prestan servicios en la empresa [Capítulo 18, IV, 3, B)].

c') Límites

En un estado democrático de Derecho no es posible ejercer ningún poder jurídico, público o privado, sin restricciones. El poder directivo del empresario no escapa a esta regla. De acuerdo con la fuente de la que provenga, este poder tiene *límites heterónomos* y *límites autónomos*. Todos ellos se traducen, al mismo tiempo, en derechos del individuo en su condición de trabajador y en su calidad de persona. Esto se explica porque el fundamento sobre el que reposan ambos tipos de límites se encuentra en el respeto a la dignidad de los trabajadores y a sus derechos inviolables (art. 10.1 CE).

a") Límites heterónomos. La noción de *límites heterónomos* al poder directivo empresarial se toma aquí en su acepción de instrumentos normativos que surgen al margen de la autonomía individual o de la autonomía negocial colectiva, ya provengan de la CE o de la legislación ordinaria, interna o internacional en sentido amplio. De acuerdo con ello, por una parte, los derechos y libertades constitucionales cuya titularidad poseen los trabajadores individualmente considerados (tales como el de libertad ideológica y religiosa, el de intimidad o el derecho de sindicación) limitan el ejercicio del poder de dirección. Lo que supone la plena vigencia de los referidos derechos en el ámbito del contrato de trabajo, puesto que, como ha declarado el TC, «La celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (SSTC 88/1985, 104/1987 y 14/1993).

De ahí que la limitación, a su vez, de los derechos fundamentales y las libertades públicas del trabajador en el marco del contrato de trabajo haya de justificarse por la necesidad de ponderar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos mediante el triple juicio de proporcionalidad establecido por la

jurisprudencia constitucional, al que ya se aludió en su momento: un juicio de adecuación o idoneidad de la decisión empresarial en cuanto susceptible de conseguir la finalidad perseguida por la misma; un juicio de necesidad dirigido a verificar la existencia de otra medida más moderada para obtener dicha finalidad con igual eficacia, y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que debe calibrar si con la decisión o medida adoptadas se alcanza un equilibrio entre la ventaja o beneficio que se persigue y el sacrifico o limitación que se impone al trabajador (por todas, STC 66/1995).

Junto a los reseñados límites constitucionales del poder directivo, éste queda también limitado, de otro lado, por el reconocimiento legal de determinados derechos a favor de los trabajadores y por el establecimiento de ciertos requisitos para el lícito ejercicio de ese poder. A modo de ejemplo, puede mencionarse el reconocimiento a los trabajadores del derecho a la igualdad de trato y a no ser objeto de discriminación, que deriva de la CE (art. 14 CE), pero que tiene su reflejo en la norma laboral (entre otros, en el art. 17.1 ET), o la exigencia de que las facultades directivas del empresario se acomoden a un ejercicio regular (art. 20.2 ET), y, por ello, enmarcadas en los principios de buena fe y lealtad que han de guiar las relaciones recíprocas con el trabajador, máxime teniendo en cuenta que el deber básico del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario está precisamente condicionado al ejercicio regular de dichas facultades [art. 5.*c*) ET]. Tal regularidad es inexistente cuando las órdenes e instrucciones del empresario son ilegales (por ejemplo, afectan a derechos irrenunciables del trabajador o ponen en peligro su seguridad o salud: STS 7-3-1986) o técnicamente infundadas (STS 27-11-1989).

b") *Límites autónomos*. Estos límites emanan de la autonomía negocial colectiva y del contrato de trabajo. Por lo que respecta a los convenios y acuerdos colectivos como instrumentos derivados del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE), también pueden limitar lícitamente el ejercicio del poder directivo al establecer ciertos condicionamientos al respecto (por ejemplo, determinando la forma de organizar el trabajo en los distintos departamentos de la empresa).

Por su parte, el contrato de trabajo, además de delimitar el perímetro dentro del cual es posible el ejercicio lícito del poder directivo empresarial, puede acoger estipulaciones que lo limiten (por ejemplo, especificando las funciones a realizar dentro del grupo profesional en que el trabajador esté encuadrado).

En todo caso, como límite genérico al poder directivo debe tenerse en cuenta que el ejercicio de las facultades que comprende se proyecta únicamente sobre la prestación laboral establecida en el contrato de trabajo, sin que pueda excederse este marco contractual, a menos que la conducta extracontractual del trabajador repercuta en el cumplimiento de su prestación laboral.

c) El poder de modificación

El poder de modificación deriva del poder directivo, pero no debe identificarse con él. Este último implica el despliegue de la especificación ordinaria de la prestación laboral debida, mientras que el primero comporta la alteración unilateral de los límites de dicha prestación, de manera que desborda el ámbito habitual del poder directivo y presenta un contenido y un régimen jurídico propios. El concepto, clases y régimen jurídico de las distintas manifestaciones que el poder de modificación comprende serán estudiadas en su momento [Capítulo 12, I, 2, B)].

d) El poder disciplinario

a') Concepto

Como consecuencia del poder directivo y del consiguiente deber básico de obediencia del trabajador en el marco del contrato de trabajo [art. 5.*c*) ET], la ley, en garantía del cumplimiento de la prestación laboral acordada, atribuye al empresario el poder disciplinario, en cuya virtud éste queda facultado para sancionar los incumplimientos contractuales y culpables del trabajador.

El ejercicio del poder disciplinario es susceptible de renuncia (condonación de la sanción sin que ello signifique conducta discriminatoria), de manera que esta renuncia temporal y específica no puede afectar a la titularidad de ese poder, ya que el mismo forma parte del orden público laboral o derecho necesario absoluto, de manera que la renuncia definitiva e irrevocable a su ejercicio se considera nula.

b') Contenido: faltas y sanciones laborales

La aplicación de la regla civil sobre resolución del vínculo contractual en el caso de incumplimiento se estima desproporcionada y extrema para corregir todo tipo de incumplimientos contractuales culpables del trabajador. Por este motivo, el ordenamiento laboral articula un sistema disciplinario que gradúa las faltas o infracciones laborales del trabajador, distinguiendo entre faltas leves, graves y muy graves y escalonando las sanciones de acuerdo con la citada diferencia de intensidad.

Los catálogos de faltas y sanciones laborales quedan establecidos en las disposiciones legales o en el convenio colectivo de aplicación (art. 58.1 ET). No es frecuente que la ley regule estos catálogos y cuando lo hace acostumbra a utilizar tipos relativamente abiertos para identificar las faltas que dan lugar al ejercicio del poder sancionador empresarial (tal sucede, por ejemplo, con las causas del despido disciplinario: art. 54.2 ET).

El fin de la vigencia de las ordenanzas laborales el 1 de enero de 1996, así como de los elencos de faltas y sanciones de carácter laboral que estas normas reglamentarias contenían, ha comportado que se dejara en manos de los convenios colectivos la concreción a la hora de tipificar tanto las faltas como las sanciones. A pesar de ello, la ausencia de convenio en algunos sectores y subsectores de la producción a raíz de la pérdida de vigencia de las ordenanzas laborales condujo a la celebración del ACV, que dictaba reglas sobre graduación de las faltas e imposición de sanciones máximas y establecía, al tiempo, unos principios de ordenación del régimen disciplinario que son un reflejo de los contemplados en el ET.

c') Límites

Los límites al poder disciplinario derivan de determinados principios y prohi-biciones existentes en esta materia.

a") El poder disciplinario empresarial queda limitado por los siguientes *principios*:

1) *Principio de tipicidad de la falta y de legalidad de la sanción*, que impide su ejercicio respecto de las faltas y sanciones no preestablecidas en las disposiciones legales o convencionales (STS 18-10-1988).

2) *Principio de proporcionalidad*, que exige la adecuación entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del trabajador (STS 11-7-1998).

3) *Principio non bis in idem*, que imposibilita imponer más de una sanción por unos mismos actos o conductas en los que se aprecie identidad de sujetos, hechos y fundamentos, en cuanto exigencia derivada del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.2 CE (STC 2/1981, de 30-1 y STS de 22-9-1988).

4) *Principio de igualdad y no discriminación*, que obliga a aplicar criterios similares cuando varios trabajadores hayan incurrido en similares incumplimientos, y que comporta la nulidad de las sanciones fundadas en algunas de las causas de discriminación prohibidas (SSTC 67/1982 y 198/2004 y STS de 29-6-1990).

5) *Principio de seguridad jurídica*, que exige, asimismo, ejercer la facultad sancionadora empresarial dentro de períodos de tiempo razonables. Por este motivo, se limita dicha facultad estableciendo unos *plazos ordinarios de prescripción* de las faltas laborales, variables según la gravedad de la falta (art. 60.2 ET). De acuerdo con esta disposición, las faltas leves prescriben a los diez días, las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días, siendo el *dies a quo* aquel en el que la empresa tuvo conocimiento pleno y

exacto de los hechos (STS 29-9-1986). Cualquiera que sea su gravedad, las faltas prescriben en todo caso a los seis meses de haberse cometido (art. 60.2 ET) en aras, asimismo, del principio de seguridad jurídica, salvo que haya habido ocultación maliciosa por el trabajador de los hechos sancionables, en cuyo caso el cómputo de este plazo extraordinario de prescripción se inicia a partir del conocimiento por la empresa del último incumplimiento (STS 20-12-1999).

Los plazos de prescripción de las faltas, ordinarios y extraordinarios, pueden quedar interrumpidos por determinadas circunstancias. En tal caso, el plazo prescriptivo comienza a contarse de nuevo en su totalidad, una vez que la circunstancia interruptiva concluya. Como supuestos destacados de interrupción de dichos plazos cabe citar:

- La instrucción del expediente disciplinario, siempre que no supere el mencionado plazo de seis meses desde que la falta se haya cometido, salvo que la demora en la instrucción sea imputable al trabajador. El plazo de prescripción comienza a contarse de nuevo en la fecha en que el expediente se resuelve.
- El ejercicio de la acción penal encaminada a sancionar la conducta que sea también sancionable desde el punto de vista laboral. Y ello porque la sentencia penal puede permitir al empresario un mejor conocimiento de los hechos y la identidad del autor, contribuyendo a garantizar un más correcto ejercicio del poder disciplinario. El plazo de prescripción comienza a contarse de nuevo en la fecha en que el empresario tiene conocimiento de la sentencia penal.

b") La garantía del derecho al descanso y del derecho a la retribución salarial fundan la *doble prohibición* de que se impongan sanciones que consistan bien en reducir la duración de las vacaciones o cualquier otra disminución de los derechos al descanso del trabajador, bien en multa de haber (art. 58.3 ET), con la excepción de los deportistas profesionales para los que su relación laboral de carácter especial contempla la posibilidad de imponer «sanciones pecuniarias» derivadas de incumplimientos contractuales (art. 17.1 RD 1.006/1985, de 26 de junio). A estas prohibiciones, la doctrina judicial ha sumado, por vulnerar el derecho constitucional a la promoción por medio del trabajo (art. 35.1 CE), la sanción consistente en la pérdida de la categoría profesional del trabajador (STSJ/Cantabria de 12-2-1993).

d')Procedimiento para la imposición de sanciones

La ley no exige ninguna forma específica para la comunicación al trabajador de las faltas leves, lo que no impide que en la negociación colectiva se pueda pactar la obligatoriedad de forma escrita. Por el contrario, si la falta imputada se califica de grave o muy grave, entonces es preciso que exista comunicación escrita al trabajador haciendo constar la fecha de efectividad de la sanción y los hechos que la motivan (art. 58.2 ET), con el fin de facilitar el ejercicio de sus derechos de defensa (STS 30-4-1990).

Junto con la anterior, existen dos garantías adicionales en esta materia.

1.ª Por una parte, la prevista para los representantes unitarios de los trabajadores y Delegados Sindicales consistente en la apertura de expediente contradictorio con audiencia del interesado y del resto de los representantes en el supuesto de faltas graves o muy graves [arts. 68.*a*) ET y 10.3 LOLS].

2.ª Por otra parte, la establecida para las faltas, cualquiera que sea su gravedad, imputadas a los trabajadores afiliados a un sindicato, que requiere la audiencia de los Delegados Sindicales (art. 10.3.3.º LOLS).

El incumplimiento de alguna de las garantías que acaban de indicarse genera la nulidad de la sanción.

e') Impugnación

El trabajador está facultado para impugnar la sanción disciplinaria distinta del despido disciplinario ante la jurisdicción del orden social (art. 58.2 ET) en el plazo (de caducidad) de los veinte días hábiles siguien-

tes a aquel en el que le haya sido comunicada al trabajador y no a aquel en que se hubiera producido pese al tenor literal del artículo 114.1 LJS (STS 17-5-2010). Corresponde al empresario la carga de probar la realidad de los hechos imputados al trabajador y su relevancia.

La sentencia que se dicte puede confirmar la sanción cuando se haya acreditado el cumplimiento de las formalidades exigidas y la realidad y entidad del incumplimiento; puede revocarla totalmente si no se prueba la realidad de los hechos imputados o si éstos no son constitutivos de falta, condenando al empresario al pago de los salarios que hayan dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción; puede revocarla parcialmente por calificación inadecuada de la falta (se faculta entonces al juez para que autorice al empresario a imponer una sanción adecuada a la gravedad de la falta en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia); o, en fin, puede declararla nula por inobservancia de los requisitos formales de carácter legal o convencional o cuando tales requisitos presenten defectos de tal gravedad que no posibiliten lograr la finalidad que determina su exigencia (art. 115.1 LJS).

La sanción de despido disciplinario se estudiará en el lugar oportuno, habida cuenta de su entidad y de que supone la extinción del contrato de trabajo (Capítulo 14, II).

B) Derechos del trabajador

a) Fijación y caracterización

El correlato imprescindible de los poderes empresariales relativos al trabajo asalariado viene configurado por los derechos del trabajador. Estos derechos cuentan con diversas fuentes de atribución (constitucional, legal, convencional y contractual). Del plural elenco de normas legales que reconocen derechos a los trabajadores asalariados, el catálogo más completo a este respecto se contempla en el ET, cuyo artículo 4 establece un repertorio de derechos de tales sujetos del que deben destacarse dos rasgos:

1.º En primer lugar, el *fundamento constitucional* de este repertorio, dado que representa la proyección legal de determinados derechos y principios constitucionales que, de manera específica o inespecífica, se reconocen a los trabajadores o inciden en su posición jurídica como tales. Consecuente con ese fundamento constitucional, el propio ET procede a desarrollar a lo largo de su articulado la mayor parte de los derechos que enumera en su artículo 4, siendo los restantes objeto de regulación en otras normas (por ejemplo, el derecho de libre sindicación en la LOLS o el derecho de huelga en el DLRT).

2.º En segundo término, y estrechamente relacionado con el rasgo anterior, el *carácter limitativo* de los citados derechos, en el sentido de que cada uno de ellos opera, con distinta intensidad, como límite al ejercicio de los poderes empresariales. Recuérdese que la doctrina constitucional ha subrayado la relevancia de este carácter respecto del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador en el ámbito de la empresa, afirmando que «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes presten servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas […]. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)» (STC 88/1985).

b) Tipología

El artículo 4 ET clasifica los derechos laborales de los trabajadores en dos bloques: derechos básicos y derechos en la relación de trabajo. La clasificación es incompleta e inexacta. Incompleta porque ninguno de los bloques tiene un contenido exhaustivo, sino meramente ejemplar. E inexacta doblemente. Primero porque, aunque el precepto no lo diga, los derechos del segundo bloque merecen la misma calificación de básicos que los situados en el primero, en el sentido de imprescindibles para los trabajadores en el marco

de un Estado social y democrático de Derecho. Y segundo, en razón de que la calificación como derechos básicos introduce una adjetivación confusa que no se ajusta a la CE, cuyo texto acuña unas categorías (derechos fundamentales y libertades públicas, derechos de los ciudadanos) que no pueden desconocerse y alterarse por el legislador ordinario.

La insuficiencia de la dicotomía legal en este punto aconseja estructurar los derechos recogidos en el artículo 4 ET de acuerdo con su titularidad y su ejercicio, ya que, contrariamente a lo que parece deducirse de la dicción literal del precepto, los derechos enunciados en aquellos dos bloques no siempre confluyen íntegramente en el trabajador individualmente considerado.

La triple clasificación que resulta de este criterio se expone en este punto con una finalidad tan sólo identificadora y sistemática, sin detenerse en el análisis de los derechos que la componen, ya que, en su mayoría, éstos reciben una atención específica en los correspondientes capítulos.

a') Derechos de titularidad y ejercicio individuales

Un primer grupo de derechos concentra la titularidad y el ejercicio íntegros en el trabajador considerado individualmente: el derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de profesión u oficio; el derecho a la libre sindicación; el derecho a la ocupación efectiva; los derechos a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la que tienen por objeto la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo [art. 4.2.*b*) ET, modificado por la LEMURMEL]; el derecho a no ser discriminado en el acceso a la ocupación o una vez que se trabaja —que se subraya para los discapacitados con la prohibición de que sean objeto de discriminación en razón de sus disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales—; el derecho a la integridad física y a una política adecuada de seguridad e higiene; el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad —que comprende la protección ante las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, así como ante el acoso moral—; el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, y el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.

Debe repararse en que la necesaria actuación de los poderes públicos en cuanto sujetos obligados a la realización de determinadas políticas que favorezcan el ejercicio de los mencionados derechos, no modifica el carácter individual de su titularidad y ejercicio a favor del trabajador, ya que dichas políticas operan estrictamente como presupuesto necesario de su plena efectividad. Recuérdese, a este propósito y a título de ejemplo, el mandato constitucional a los poderes públicos para que realicen una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) como actuación previa indispensable al ejercicio individual del derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

Este elenco estatutario de derechos permite subrayar y recordar que sobre su aceptación en el plano legal se edifica uno de los rasgos que caracterizan el sistema constitucional de relaciones laborales y que se proyecta de modo principal en el contrato de trabajo: el reconocimiento de la autonomía individual como garantía de la libertad personal [STC 58/1985 y Capítulo 2, II, 1, B)].

b') Derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo

Existe un segundo conjunto de derechos cuya titularidad retiene el trabajador, en tanto que las facultades incluidas en su ejercicio se escinden entre él y sus representantes o los trabajadores considerados de forma colectiva. En esta situación se encuentran el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, el derecho a la huelga, el derecho de reunión y el derecho de participación en la empresa.

El reconocimiento de este conjunto de derechos evidencia que la autonomía colectiva constituye una pieza esencial del sistema constitucional de relaciones laborales, al canalizar de forma óptima la función compensadora e igualadora del ordenamiento laboral [STC 37/1983, 91/1983 y 104/1987; Capítulo 2, II, 1, C)].

c') Derechos de titularidad y ejercicio colectivos

A este último grupo de derechos sólo corresponde adscribir al derecho a la negociación colectiva. Aunque el ET lo atribuye a los trabajadores, este reconocimiento es técnicamente incorrecto, ya que los sujetos que detentan su titularidad y ejercicio son los representantes de los trabajadores, junto con los empresarios considerados individual o colectivamente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 37.1 CE.

La atribución de la titularidad y el ejercicio colectivos del derecho de negociación colectiva es coherente con su propia naturaleza, ya que los convenios colectivos van a afectar indefectiblemente a un conjunto de trabajadores —al margen ahora de la eficacia personal o limitada que al convenio se la asigne— y el modo de lograr ese efecto colectivo sólo es viable ejerciendo el derecho por representación, cuando menos por parte de los trabajadores. Y ello con independencia también del tipo de representación que el legislador ordinario articule al regular la legitimación para negociar.

III. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Forma y formalidades en el contrato de trabajo

A) Forma

Una primera aproximación conceptual a la forma en los contratos permite calificarla como elemento natural, propio de todo negocio jurídico y, por tanto, también del contrato de trabajo. En este sentido puede afirmarse que no existen contratos amorfos, carentes de forma, ya que la declaración de voluntad de los sujetos del contrato al celebrarlo necesita exteriorizarse de una determinada forma. Desde este punto de vista, la forma es equivalente a exteriorización de la voluntad y, por ello, imprescindible en todo negocio jurídico.

Sin embargo, a la luz del ordenamiento común privado la forma se califica, en términos generales, como elemento accidental de los contratos. Cuando por vía de excepción la norma determina el carácter esencial de la forma en los contratos no está contemplándola como elemento natural, sino condicionando la existencia del negocio a una forma especial, con el lógico corolario de que su falta determina la invalidez de aquél.

a) El principio de libertad de forma como marco general

El ordenamiento laboral traslada el principio de libertad de forma en los contratos (art. 1.278 CC) al contrato de trabajo (STS 21-3-2002), prescribiendo que éste «se podrá celebrar por escrito o de palabra» (art. 8.1 ET). Conforme a este principio espiritualista, el contrato de trabajo puede revestir una doble forma: bien expresa, que, a su vez puede ser escrita u oral, bien tácita o presunta, cuya apreciación exige la presencia de hechos concluyentes reveladores de la voluntad de obligarse por ambas partes. No se predetermina por tanto ninguna forma especial, reconociéndose validez a cualquiera de las legalmente factibles. Se admite una pluralidad de formas, pero no la ausencia de todas, bastando acogerse a una de las ofrecidas por la ley para que el contrato se ajuste a Derecho desde este prisma. En suma, la regla general permite concluir que la forma no es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino elemento natural o consustancial al mismo en el sentido de que de su ausencia no se deriva tanto la invalidez del negocio como, directamente, su inexistencia.

b) La preferencia por la forma escrita

El principio de libertad de forma configura un amplio marco de actuación para las partes del contrato de trabajo que lo conciertan. Pero la protección de los intereses del trabajador determina que el legislador se incline resueltamente por la forma escrita, pues los supuestos en los que está se establece o es exigible

por las partes abarcan un amplio abanico contractual. Aunque se trata de supuestos en los que la forma escrita exigida es, por ello, una forma especial, tal requisito no condiciona la existencia o el nacimiento del contrato, sino únicamente su duración, en aras a proteger la posición del trabajador, reforzando el principio de estabilidad en el empleo. Ello supone que, en estos supuestos, la forma no tiene carácter constitutivo o integrativo (*ad substantiam* o *ad solemnitatem*), sino meramente declarativo (*ad probationem*), de modo que su ausencia no comporta la nulidad del contrato (SSTS 2-3-1989 y 17-11-1997).

Los supuestos en los que la forma escrita se prescribe como especial pueden referirse al contrato de trabajo en su integridad o a alguno de los pactos que se incorporan al mismo.

a') Forma escrita del contrato. La norma estatutaria exige la forma escrita del contrato de trabajo en determinados supuestos:

1.º Cuando así lo exija una disposición legal (art. 8.2 ET). La exigencia de forma escrita debe observarse en este caso no sólo cuando viene prescrita por la ley (por ejemplo, para el CTIAE, conforme al art. 4.2 LEMURMEL), sino también por norma reglamentaria (por ejemplo, en el contrato de interinidad, art. 6.1 RCT o en el contrato de trabajo de carácter especial de ciertos profesionales de la abogacía: art. 7.1 DADP) o norma convencional (por ejemplo, el art. 30.1 del convenio colectivo de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Barcelona para los años 2007-2011, de 26-10-2007, *DOGC* de 14-1-2008, establece la obligada formalización por escrito de todos los contratos de trabajo que se celebren a su amparo y cualquiera que sea su modalidad).

2.º En los supuestos que expresamente se enumeran en el artículo 8.2 ET: los contratos de trabajo de prácticas y para la formación (en la actualidad para la formación y el aprendizaje), a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, el contrato de trabajo a domicilio (en la actualidad a distancia), para la realización de una obra o servicio determinado, así como los que se refieran a trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero y los contratos de trabajo por tiempo determinado cuya duración supere las cuatro semanas. La exigencia de forma escrita para estos tipos de contratos de trabajo pretende evitar irregularidades en la contratación, cuya probabilidad es mayor por razones relativas a la frecuencia en su utilización, al desplazamiento del trabajador o al específico objeto o duración del contrato.

3.º Cuando cualquiera de las partes exija la formalización por escrito del contrato (art. 8.4 ET en relación con el art. 1.279 CC). El alcance de este supuesto no se limita únicamente a los contratos de trabajo que deben observar la forma escrita por mandato legal. Comprende también cualquier otro de esta naturaleza aunque dicha forma no aparezca normativamente prescrita. Tampoco se ciñe esta facultad a un momento posterior a la celebración del contrato, ya que la exigencia de una de las partes para formalizar por escrito el contrato «incluso durante el transcurso de la relación laboral» (art. 8.4, ET), permite colegir sin mayor dificultad interpretativa que tal formalización es exigible tanto en la fase de ejecución contractual como en el momento de su celebración, siendo en ambos procesalmente reclamable la negativa injustificada de la otra parte, aunque la dificultad probatoria sea superior cuando se trate del momento inicial en que el contrato se celebra.

Para los tres supuestos anteriores debe tenerse en cuenta la plena validez de la firma electrónica en los contratos, con idéntico valor y efectos jurídicos que la firma manuscrita (art. 1.262.3.º CC en la redacción dada por la Disp. Adic. 4.ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio).

Los efectos aparejados al incumplimiento de la forma escrita en la concertación del contrato no implican su nulidad, sino la presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa (art. 8.2 ET). Las consecuencias de esta sanción presuntiva son, en realidad, marcadamente limitadas considerando que la presunción admite prueba en contrario acreditativa de que el contrato obedece realmente a una duración temporal y/o a una jornada parcial, con lo que la finalidad disuasoria de la presunción queda muy reducida. En todo caso, y aunque la presunción se destruya en juicio por el empleador, objetivamente éste comete una infracción administrativa grave cuando, debiendo formalizar el contrato por escrito, omita esta obligación (art. 7.1 LISOS).

b') Forma escrita de los pactos. Considerando el beneficio de cualquiera de los sujetos del contrato de trabajo, la norma hace prevalecer el principio de seguridad jurídica en determinados pactos que pueden incorporarse a esa relación contractual y cuya constancia escrita se estima necesaria como refuerzo de aquel principio en el adecuado desarrollo de la misma. Tal es caso, por vía de ejemplo, del período de prueba (art. 14.1 ET) o del pacto de permanencia en la empresa (art. 21.4 ET).

El efecto principal anudado al incumplimiento de la forma escrita, además de acarrear también infracción administrativa grave (art. 7.1 LISOS), supone la nulidad del pacto en el que dicha forma no se haya observado por considerar suficiente la verbal o la tácita. El efecto es aquí más intenso que en el supuesto de formalización escrita del contrato, porque la nulidad no afecta a éste en su conjunto, de modo que la ejecución del resto de su contenido prosigue conforme al régimen jurídico aplicable.

B) Formalidades

Distintas de la forma del contrato de trabajo son las formalidades de las que éste se rodea. Se trata en este caso de obligaciones de carácter documental cuya exigencia, con distintas finalidades, suele acompañar a los contratos de trabajo que deban formalizarse por escrito, aunque no sólo afecta siempre a éstos. Dejando al margen la plural casuística de los convenios colectivos, que dan también cabida a exigencias de orden documental en relación con el contrato de trabajo, las normas legales y reglamentarias regulan esta materia para determinados supuestos, entre los que deben señalarse los siguientes:

a) Obligación de cumplimentar el contrato en el modelo oficial. Como garantía adicional de que el contenido del contrato se ajusta a las prescripciones legales, se exige que determinados contratos de trabajo que deben formalizarse por escrito se ajusten, además, al modelo oficialmente establecido (por ejemplo, los contratos de trabajo en prácticas y para la formación, art. 17.1 RCF).

b) Obligación de comunicar los contratos celebrados. Exista o no obligación de formalizarlos por escrito, el empleador debe a comunicar a los SPE, en un plazo determinado, el contenido de los contratos de trabajo que celebren, así como de sus prórrogas (arts. 16.1 ET y art. 1.1 RD 1.424/2002, de 27 de diciembre, modificado por RD 1.715/2004, de 23 de julio).

c) Obligación de entregar copia básica. Constituye obligación del empleador la de entregar copia básica de los contratos de trabajo que deban formalizarse por escrito a la representación legal de los trabajadores, lo que incluye tanto la unitaria como la sindical (STC 142/1993), en un plazo máximo de diez días desde la formalización del contrato, con la excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección que tan sólo han de ser notificados a dicha representación [art. 8.3.*a*) ET].

La jurisprudencia no ha equiparado la expresión «copia básica» con el contenido íntegro del contrato, sino con el contenido que se establece en el mandato generador de dicha obligación (STS 24-3-1998), y que está referido «a todos los datos del contrato, a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio y el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal» [art. 8.3.*a*).2.º ET].

Con estas exclusiones se pretende proteger el derecho fundamental a la intimidad del trabajador. Ahora bien, comoquiera que la finalidad de la citada obligación de hacer es «comprobar la adecuación del contrato a la legalidad vigente» [art. 8.3.*a*).2.º ET], el empleador no puede ampararse en la protección del citado derecho para alterar el contenido de la copia básica. Esta alteración, con incumplimiento por el empleador de su obligación, se produciría, sobre todo, en dos supuestos. Uno de ellos tendría lugar cuando se suministraran datos distintos a los que aparecen en el contrato original, lo que acontecería si, por ejemplo, en el contrato se expresa que el salario será el establecido en el convenio y en la copia básica sólo se fija la cantidad correspondiente…», ya que si se actuara de esta forma «se ocultaría al Comité la posibilidad de comprobar si se está obrando o no correctamente» (STS 24-3-1998). El segundo supuesto acaecería cuando se omitieran datos que figuran en el contrato original, por ejemplo, el salario a percibir so pretexto de que el mismo forma parte del ámbito protegido por el derecho a la intimidad del trabajador. A

este respecto, la doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse afirmando que «el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad» (STC 143/1993).

d) Deber de información. El trabajador individualmente considerado no queda tampoco al margen del adecuado conocimiento del contenido de su contrato de trabajo. A este respecto, se establece el deber empresarial de informar por escrito al trabajador «sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral» (art. 8.5 ET), transponiendo así a nuestro ordenamiento laboral lo dispuesto en la materia por la Directiva 91/533. La regulación de este deber afecta a los siguientes aspectos:

a') Ámbito de aplicación. El deber comprende todos los contratos de trabajo con duración superior a las cuatro semanas (art. 8.5 ET), salvo la de carácter especial de los penados en instituciones penitenciarias (art. 1.2 RDELES, parcial y tácitamente modificado por el art. 5.4 DEH). La exclusión reglamentaria de esta relación, amén de carecer de justificación suficiente, no cuenta con habilitación legal bastante, ya que la contenida en el artículo 8.5 ET comprende de modo expreso la determinación de los términos y plazos de cumplimiento del referido deber e implícitamente la especificación de los citados elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, sin excepción subjetiva alguna del cumplimiento de tal deber.

b') Contenido de la información. La norma reglamentaria viene a concretar el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados que el ET introduce con referencia a aquellos elementos esenciales y principales condiciones de ejecución. Con este fin, se establece cuál es el contenido mínimo de la información a facilitar a cada trabajador: fecha de comienzo de la relación laboral; domicilio social de la empresa; categoría o grupo profesional a los que se adscriba el trabajador (teniendo en cuenta que se han suprimido las categorías profesionales y que los convenios colectivos disponen del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta norma para adaptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en el art. 22 ET: Disp. Adic. 9.ª LEMURMEL); cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como periodicidad de su pago; duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo; duración de las vacaciones; plazo de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar el empleador y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato y convenio colectivo aplicable. La información sobre algunos de estos datos, señalados por el reglamento, podrá realizarse mediante referencia precisa y concreta a las disposiciones legales reglamentarias o convenios colectivos (art. 2.2 y 3 RDELES).

Cuando el trabajador haya de prestar sus servicios en el extranjero, y no supere las cuatro semanas, se requiere una información adicional: duración del trabajo, moneda en que se abonará el salario, retribuciones o ventajas vinculadas a esa prestación de servicios foránea y, en su caso, condiciones de repatriación (art. 3.1 RDELES).

De las modificaciones contractuales que se produzcan con relación a cualquiera de los elementos y condiciones incluidos en el contenido mínimo objeto de información, debe asimismo informar por escrito el empresario al trabajador, bien de forma directa, bien por referencia a las disposiciones que acaban de señalarse.

En todo caso, debe considerarse que el deber de informar por escrito del contenido mínimo antedicho no es exigible cuando el mismo ya figure en el contrato de trabajo formalizado.

c') Plazos. Con carácter general, la información debe facilitarse al trabajador en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de inicio de la relación laboral. En supuestos específicos ese plazo varía: si el trabajo se presta en el extranjero la información ha de facilitarse antes del desplazamiento del trabajador; si se trata de modificación del contrato el plazo se fija en un mes desde la fecha en que la misma sea efectiva y, por último, en el supuesto de que la extinción del contrato se produzca sin que los anteriores plazos específicos hayan transcurrido, la información debe suministrarse antes de la fecha de extinción del contrato (art. 6 RDELES).

d') Efectos de su incumplimiento. El legislador entiende que el incumplimiento de este deber no tiene consecuencias tan lesivas para el trabajador en contraste con la inobservancia de las obligaciones sobre la forma por parte del empleador. En consecuencia, se considera infracción administrativa leve el incumplimiento del referido deber en los términos y plazos reglamentariamente establecidos (art. 6.4 LISOS).

e) Deber de certificación. A la terminación de los contratos formativos, el empleador debe entregar al trabajador un documento que bien recoja la certificación de las prácticas realizadas en el contrato de trabajo de esta denominación (art. 4 RCF) o bien contemple la certificación de profesionalidad o de asistencia o, en su caso, el diploma acreditativo de haber superado la formación cuando se trate del contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje (arts. 11 y 27.4 RDSUBFOE).

En ningún caso el incumplimiento o el cumplimiento irregular de las mencionadas formalidades tiene efectos invalidantes del contrato, ciñéndose tan sólo las consecuencias de esas actuaciones indebidas a la comisión de las correspondientes infracciones administrativas.

2. Período de prueba

A) Concepto, caracteres y naturaleza jurídica

En el marco del contrato de trabajo, las partes que lo han concertado tienen la facultad de pactar un período de prueba con la finalidad de que puedan verificar en qué medida la relación contractual que establecen es adecuada para satisfacer sus respectivos intereses. El deber de experimento prescrito de forma legal obedece formalmente a esta finalidad, conforme a la cual: «El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba» (art. 14.1 ET). Si el período de prueba no satisface las expectativas de las partes, la facultad de desistir asiste instrumentalmente a cualquiera de las dos, a fin de resolver el vínculo contractual sin sujeción a las limitaciones establecidas para la extinción ordinaria del contrato de trabajo (art. 14.2 ET).

De esta noción del período de prueba fluyen sus principales caracteres y su naturaleza jurídica.

a) Desarrollo tempestivo. La concertación del período de prueba se debe producir en la fase inicial del contrato de trabajo. Por lo tanto, no estamos frente a un negocio jurídico independiente de esta relación contractual que pueda considerarse un contrato de prueba, sino ante un pacto estipulado en el contrato de trabajo cuyo desarrollo tiene lugar en esta fase inicial. La verificación mutua de que la relación contractual se ajusta a los intereses de las partes sólo tiene sentido en esta fase. Por ese motivo, la ley sanciona con la nulidad «el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación» (art. 14.1 ET), efecto sancionador que la jurisprudencia confirma (SSTS y 15-9-1986 y 29-9-1988).

b) Libertad de resolución del contrato de trabajo. La característica que confiere mayor singularidad al período de prueba reside en la facultad atribuida a las partes para resolver libremente el contrato de trabajo cuando el deber de experimento no satisface sus intereses, si bien esta libertad no es irrestricta, como después se verá. De esta especificidad deriva la naturaleza jurídica del período de prueba: pacto que sujeta el contrato de trabajo a condición resolutoria, de índole positiva y potestativa. De este modo, la declaración válida de voluntad resolutoria de cualquiera de las partes extingue los efectos ya producidos por la relación contractual. Pero debe tenerse cuenta a este respecto que esta libertad de resolución tiene carácter estrictamente excepcional, puesto que su existencia sólo adquiere sentido en un régimen de extinción del contrato de trabajo sometido al principio de causalidad (STS 20-7-2011).

c) Bilateralidad formal y unilateralidad real. Aunque la finalidad del período de prueba se oriente en la ley a comprobar recíprocamente las características y circunstancias derivadas de la relación contractual de trabajo, en realidad el período mencionado suele obedecer a la tutela de los intereses empresariales, excepto en el caso de supuestos específicos de alta calificación profesional del trabajador que determinan su interés en valorar el contenido de aquella relación y su posible continuidad. En este sentido, no debe des-

conocerse que la facultad de resolver libremente el contrato de trabajo durante el período de prueba tiene al empleador como principal beneficiario, ya que, como habrá ocasión de estudiar más adelante [Capítulo 14, I, 2, A)], al trabajador se le reconoce el derecho a extinguir la relación contractual mediante dimisión sin necesidad de alegar causa alguna y con el único requisito formal de respetar el plazo de preaviso [art. 49.1.*d*) ET].

B) Régimen jurídico

a) Forma

La estipulación del período de prueba es una facultad que la ley reconoce a las partes del contrato de trabajo. La forma debe ser necesariamente escrita (art. 14.1 ET), sin que, por lo tanto, se presuma su existencia. Así pues, la forma verbal no es admisible. Tampoco se satisface la exigencia de forma escrita mediante el establecimiento de una cláusula en el convenio colectivo en el que se fije un período general de prueba, ya que esta regulación no suple la omisión en el contrato. En consecuencia, la forma escrita del pacto de prueba se configura como requisito constitutivo para su validez, de manera que su ausencia determina que el período de prueba se tenga por inexistente (STS 5-10-2001).

Por otra parte, en la relación laboral especial de los condenados en talleres penitenciarios (DTP) no se establece la posibilidad de pactar un período de prueba, dado que el trabajo productivo por cuenta ajena desarrollado por estos trabajadores se califica, al mismo tiempo, como un derecho y un deber de éstos (art. 132 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero), en coherencia con las finalidades de reeducación y reinserción social que el artículo 25.2 CE asigna a las penas privativas de libertad.

b) Duración

a') Reglas generales

1ª. Dispositividad de los plazos legales. La duración del período de prueba suscita entre las partes del contrato de trabajo una clara divergencia de intereses. Generalmente, el empresario buscará un período más dilatado con el objetivo de asegurar la finalidad de la prueba, mientras que el trabajador tenderá a obtener la mínima duración a fin de conseguir con presteza una mayor estabilidad de la relación contractual. La ley resuelve esta contraposición articulando un doble mecanismo. Como vía preferente se remite a los límites de aquel período que establezca el convenio colectivo. Si el convenio guarda silencio al respecto, el mismo ET regula de forma supletoria unos plazos máximos que consideran, de manera genérica, la cualificación profesional del trabajador: seis meses, para los técnicos titulados, y dos meses, para el resto de los trabajadores. Se dispensa un trato más favorable a las empresas que ocupen menos de veinticinco trabajadores, ya que, en tal caso, el período de prueba de los trabajadores contratados que no tengan la condición de titulados se amplía hasta un máximo de tres meses.

Ante la regulación anterior (que impedía superar mediante pacto la duración legal máxima del período de prueba: STC 71/1993), el carácter dispositivo que los plazos legales tienen en la regulación vigente del convenio colectivo, favorece los intereses del empresario, dado que no sólo puede pactarse lícitamente en esta sede convencional su reducción, sino también su ampliación.

2ª. *Razonabilidad de los plazos convencionales.* Con todo, la inexistencia de límites máximos expresos en la ley para que los convenios colectivos puedan ampliar los plazos establecidos en el artículo 14 ET, encuentra un límite insuperable en el canon de proporcionalidad que la jurisprudencia utiliza al respecto. Se rechaza así la duración desmesurada del período de prueba establecido en convenio colectivo (por ejemplo, uno o dos años), «pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir —como ha puesto de manifiesto la doctrina científica— que se esté

dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social.» (STS 20-7-2011 y, en semejante sentido, STS 12-11-2007).

3ª. *Identidad en la duración del período de prueba y de los contratos temporales.*A este propósito, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la evolución del contexto normativo del período de prueba en nuestro ordenamiento. Así, la figura surge en un sistema de relaciones laborales que, por medio de las OL, mostraba su preferencia por el contrato de trabajo de duración indefinida. Pero la posterior y prolongada existencia en el mercado de trabajo de unas tasas de temporalidad muy elevadas ha venido a desnaturalizar la finalidad del período de prueba, ya que en los casos en que la duración determinada del contrato es escasa, dicho período cumple, en la práctica, la finalidad propia de dicha figura. Al mantenimiento de la figura en estos supuestos, se une, en segundo lugar, el hecho de que regulación legal no establece ningún tipo de limitación para la posibilidad de pactar aquel período según la duración del contrato. Ello explica que la jurisprudencia haya admitido la licitud de dicho período en los contratos de trabajo por tiempo determinado, incluso aunque estos contratos consuman en la prueba toda su duración (SSTS 17-1-1985 y 12-7-1988), con la salvedad, ya antevista, de que la duración de dicho período sea desproporcionada.

b') Reglas especiales

En algunos supuestos la ley regula plazos específicos de duración del período de prueba. Esto sucede en ciertas relaciones laborales de carácter especial (deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, que se estudiarán en su momento), en el contrato de trabajo en prácticas, en los contratos con causa estructual de temporalidad y en el CTIAE [Capítulo 6, I].

1ª. *Reducción de la duración máxima del período de prueba en el contrato de trabajo en prácticas.* Considerando la singularidad del objeto formativo del contrato de trabajo en prácticas (la prestación asalariada de servicios mediante la práctica de unos conocimientos previamente adquiridos), en esta modalidad contractual la norma reduce la duración máxima del período de prueba: un mes para los trabajadores título de grado medio o certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, o bien dos meses para aquellos trabajadores que estén en posesión del título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3 [art. 11.1.*d*) ET]. No obstante, también en este supuesto la regulación legal es dispositiva respecto del convenio colectivo, que está facultado para establecer plazos diferentes, ya sean de duración inferior o superior (art. 18.1 RCF), lo que obedece al propósito de adaptar el período de prueba al grado de dificultad que revista en cada caso la aplicación práctica de los conocimientos previos, sin que pueda perderse de vista que, cuando la adaptación mediante convenio supere la duración legal de dicho período, éste habrá de guardar una proporción razonable con la duración del contrato habida cuenta del carácter temporal propio del mismo.

2ª. *Reducción de la duración máxima del período de prueba en los contratos con causa estructural de temporalidad.* La duración máxima del período de prueba de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 ET cuando se concierten por tiempo no superior a seis meses, se establece en un mes. Pero de nuevo se autoriza al convenio colectivo para que «disponga otra cosa», lo que debe entenderse como habilitación a ese instrumento para reducir o para ampliar ese máximo (art. 14.1 ET, modificado por el RDL-CESMEN). El límite a ese genérico apoderamiento ha de derivar, sobre todo, de la aplicación por el convenio de la regla general de la razonabilidad para fijar la duración de dicho período, afirmada por la jurisprudencia y ya referida anteriormente.

3ª. *Ampliación de la duración del período de prueba en el CTIAE.* La regulación del CTIAE, introducido por la reforma laboral de 2012, incorpora otro plazo específico para el período de prueba, fijándolo en un año, en todo caso, es decir, sin que las partes puedan modificar esta duración si deciden concertarlo (art. 4.3 LEMURMEL), lo que, en la práctica, depende de que el empleador lo incluya en la oferta de trabajo. Se produce de este modo una doble quiebra conceptual en la regulación de dicho período. De un lado,

porque tal duración se fija al margen del criterio de la cualificación profesional del trabajador instaurado por el artículo 14 ET con carácter general para la concertación del referido período. De otro, y de forma derivada, porque esa desproporcionada duración revela el verdadero propósito de la misma, que, desvinculado de aquella cualificación, desplaza en buena medida el objeto de la prueba, que reposa sobre el mutuo deber de experimento de las partes, a la contingente finalidad de estimular la contratación indefinida por parte de las empresas que ocupen menos de cincuenta trabajadores (apartado III de la Exposición de Motivos y art. 4.1 LEMURMEL), lo que se evidencia, adicionalmente, si se tiene en cuenta que la duración general supletoria del período de prueba en el artículo 14 ET puede concertarse tanto para contratos de trabajo indefinidos como temporales. Por tanto, el estímulo consiste de forma expresa en ampliar al doble para el CTIAE la duración máxima de seis meses que respecto de dicho período contempla el referido precepto estatutario. Esa ampliación es, asimismo, un estímulo tácito para acudir a esta nueva modalidad contractual, pues durante un año las partes pueden ejercer la singular facultad de resolución del contrato, lo que, en la práctica, supone para el empleador —que es quien suele acudir al desistimiento contractual— eximirse durante ese lapso temporal del pago de la indemnización aparejada a la extinción por causas empresariales, exigible en el caso de que tal período se hubiera superado satisfactoriamente.

Para la doctrina constitucional (STC 119/2014, reiterada por la STC 8/2015) la amplia duración del período de prueba de este contrato es una medida que responde a una finalidad legítima, porque «no solo posibilita el mutuo conocimiento de las partes durante su transcurso y la constatación de las aptitudes del trabajador contratado; se dirige sobre todo a facilitar y promover decisiones de creación de empleo de pequeñas y medianas empresas, reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto empresarial…». En esa misma resolución se considera dicha medida razonable y proporcionada. Razonable, entre otros motivos, dado su carácter coyuntural (hasta que la tasa de desempleo se sitúe en España por debajo del 15 por ciento, conforme a la Disp. Trans. novena, dos LEMURMEL), su ámbito objetivo de aplicación (sólo pueden concertar el contrato las empresas de menos de cincuenta trabajadores), así como las cautelas establecidas para disuadir al empresario del ejercicio de su facultad de desistimiento antes de que transcurra el año de duración del período si quiere beneficiarse de las bonificaciones previstas para dicho contrato (no alterar el nivel de empleo de la empresa al menos durante un año desde la celebración del contrato y mantener en el empleo al trabajador al menos tres años desde dicha contratación). Y de adecuada proporcionalidad «entre el sacrificio que supone para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable». Los mismos criterios de razonabilidad y proporcionalidad se invocan por esta doctrina para declarar justificado el límite que para el derecho a la negociación colectiva reconocida en el artículo 37.1 CE supone la indisponibilidad de la duración del mencionado período de prueba para los interlocutores sociales en el ejercicio de tal derecho, habida cuenta de la obligada sujeción del mismo al principio de jerarquía normativa y a la consiguiente potestad normativa de la ley para limitarlo bajo aquellos criterios.

La referida sentencia no aprecia tampoco que la duración del período de prueba del CITAE vulnere el artículo 14 CE por la aplicación de tal período al margen de la cualificación profesional del trabajador. Por el contrario, la medida se justifica, también a este propósito, dado que supone «ampliar la finalidad tradicional del período de prueba…», dirigiéndose, «desde la perspectiva empresarial, a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo».

Separándose del criterio mayoritario de la sentencia referenciada, el sólido voto particular a la misma considera inconstitucional y nulo el artículo 4.3 LEMURMEL «por violación del principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo, en su condición de manifestación del derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE)». Entiende por ello el voto discrepante que el citado precepto no supera ni el canon de justificación objetiva ni el de proporcionalidad. La justificación objetiva no puede apreciarse, de un lado, dada la contradicción que supone la proclamada finalidad de contribuir al fomento y la creación de empleo estable mediante la duración ampliada del período de prueba del CTIAE y la restricción en esta modalidad, al tiempo, del principio de causalidad en la extinción del contrato de

trabajo por voluntad del empresario en cuanto principal garantía de dicho principio. Y, de otro, porque la función de verificar la sostenibilidad y viabilidad económica del puesto de trabajo es por completo ajena a la propia del período de prueba en la vigente regulación del CTIAE, en la que no se puede atribuir verosimilitud alguna a aquella función económica al no haberse condicionado la celebración del contrato a la creación de un nuevo puesto de trabajo. El canon de proporcionalidad tampoco concurre al estar el mismo ausente de toda valoración constitucional, ya que el necesario contraste entre los derechos constitucionales en conflicto (arts. 35.1 y 38 CE) se sustancia de forma exclusiva en argumentos extraídos de la regulación legal del citado contrato.

Complementando su argumentación, el referido voto somete el artículo 4.3 LEMURMEL al juicio de constitucionalidad, sobre la base del test de proporcionalidad en sentido amplio aceptado por la doctrina constitucional (cánones de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto), para concluir que, salvo el primero de estos criterios de enjuiciamiento, los dos restantes no se superan. El canon de indispensabilidad o necesidad, porque la restricción del principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo recogida en dicho precepto no es la menos gravosa o severa para facilitar la contratación laboral en las pequeñas empresas, esto es, las que ocupen menos de cincuenta trabajadores (Preámbulo III LEMURMEL). El canon de proporcionalidad en su acepción estricta, considerando, por una parte, la nula incidencia que tiene en la práctica la duración del período de prueba en la contratación laboral de las citadas empresas, y apreciando, por otra, el desequilibrio que la mencionada restricción comporta para las partes del contrato: el beneficio para el empresario se cifra en el ahorro de la indemnización que pueda corresponder al trabajador una vez superado el período de prueba, en tanto que para el trabajador existe el doble perjuicio de la pérdida de esa eventual indemnización, así como de la privación de la garantía que le ampara ante la extinción de su contrato sin justa causa. De lo que se infiere que el citado precepto «restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo *ex* art. 35.1 CE».

c) Efectos

El examen de los efectos del período de prueba se debe llevar a cabo de acuerdo con su incidencia en los dos hitos temporales que marcan su transcurso y su finalización.

a') El transcurso del período de prueba

Durante esta fase se registran determinados efectos:

a") Invariabilidad relativa del estatus jurídico del trabajador. Como consecuencia derivada del desarrollo del período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo —esto es, en el marco de una relación contractual ya nacida—, la ley reconoce al trabajador «los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla» (art. 14.2 ET). A partir de este reconocimiento, en principio, el estatus jurídico del trabajador sujeto al período de prueba no tiene que experimentar ningún detrimento. No obstante, esto no es exactamente así, ya que, como se ha señalado con anterioridad, la principal particularidad del mencionado período es la facultad de libre resolución de la relación laboral de la que ambas partes pueden hacer uso durante el mismo, sin quedar sometidas a las limitaciones existentes para la extinción ordinaria del contrato de trabajo. Tal como indica la misma norma legal, los derechos y obligaciones derivados de la resolución de la relación laboral quedan exceptuados de la equiparación general de derechos y obligaciones que dicha norma establece previamente a favor del trabajador (art. 14.2 ET). El desplazamiento de las reglas reguladoras de la extinción ordinaria del contrato de trabajo a causa del ejercicio de la referida facultad, comporta la inexigencia de que la declaración de voluntad extintiva revista forma especial y de que la alegación expresa de causa de cualquier tipo no resulte obligada (STS 2-4-2007).

Con todo, deben efectuarse dos precisiones a este respecto. En primer lugar, que la comunicación de la decisión extintiva no debe ser extemporánea, puesto que si el período de prueba ha transcurrido cuando esta decisión se comunica, «el contrato producirá plenos efectos» (art. 14.3 ET, STS 15-12-1982 y STC 29-9-1997). En segundo término, debe advertirse que la inexigencia de alegación expresa de causa no debe equipararse a inexistencia de causa suficiente, cuya prueba tiene que estar siempre disponible en relación con el resultado del deber de experimento. Este deber vincula a ambas partes para llevar a cabo las experiencias que constituyen el objeto del período de prueba en conexión con la prestación laboral contratada. Ello explica que la mencionada facultad no pueda concebirse de ninguna manera en términos absolutos, ya que su utilización no queda amparada si se ejerce en fraude de ley o con vulneración de derechos fundamentales (SSTS 27-12-1989 y 1-10-1990; SSTC 94/1984 y 166/1988).

Una discutible aplicación de esta doctrina se recoge en la STS de 18-4-2011, en la que se rechaza que la extinción por desistimiento del contrato de trabajo durante el período de prueba de una trabajadora embarazada constituya discriminación por razón de sexo por no constar a la empresa la situación de embarazo, constancia que el TC viene exigiendo para que pueda valorarse la posible discriminación (por ejemplo, STC 41/2002). De mayor solidez dispone el voto particular de la citada STS 18-4-2011, que, con apoyo en la jurisprudencia constitucional (SSTC 92/2008 y 124/2009) y en la del propio TS (SSTS 17-10-2008 y 6-5-2009), es favorable a considerar dicha extinción como un supuesto asimilado al despido con nulidad objetiva de la trabajadora embarazada, que ha de operar con carácter automático [art. 55.5.*b*) ET y Directiva 92/85, de 19-10] y «vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo», sin que exista en este caso de protección reforzada «la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa», bastando a estos efectos «la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí» (STC 92/2008), junto a a la prueba real, suficiente y seria de la extinción (STS 18-4-2011).

b") Interrupción del período de prueba. El transcurso del período de prueba es susceptible de interrupción, lo cual comporta paralizar el cómputo del plazo acordado o legalmente establecido y reanudarlo una vez que haya finalizado la causa interruptiva. La ley prescribe expresamente esta interrupción para los supuestos de incapacidad temporal, *riesgo durante el embarazo*, maternidad y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, siempre que se produzca acuerdo entre las partes (art. 14.3 ET, modificado por el RDL-CESMEN), aunque algún pronunciamiento judicial ha puntualizado que la interrupción se extiende asimismo a otras situaciones de suspensión contractual motivadas por la maternidad, como sucede con la excedencia contemplada en el artículo 46.3 ET (STSJ Valladolid/Castilla y León, 15-12-2004).

No se exige que el acuerdo se formalice por escrito, por lo que, al margen de la conveniencia de hacerlo por razones de seguridad jurídica, la forma verbal será suficiente. La norma legal no exige tampoco que el acuerdo sea simultáneo al pacto de prueba, de manera que puede ser posterior a éste e, incluso, posterior a la producción de la causa interruptiva, siempre que se adopte antes de que dicha causa haya cesado. En sentido contrario, si el acuerdo no se produce, las mencionadas causas no tendrán la virtud de interrumpir el período de prueba. Por este motivo, se ha calificado de despido improcedente la resolución del contrato de trabajo por no haberse superado el período de prueba, una vez transcurrida la incapacidad temporal del trabajador y sin que se haya pactado la interrupción del mencionado período por dicha causa, teniendo en cuenta el carácter extemporáneo de esa decisión (STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de junio de 2000, IL/L 1562). Sin embargo, la extinción del contrato de trabajo por desistimiento durante la situación de incapacidad temporal no puede considerarse por sí misma abusiva o contraria a ningún derecho fundamental, tanto en el caso de que no exista pacto de interrupción del período de prueba (SSTS 14-7-1986 y 3-10-2008), como en el supuesto de que dicho pacto haya tenido lugar (STS 12-12-2008).

Según se desprende de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.3, párrafo segundo, ET, en principio el resto de las causas que originan la suspensión del contrato de trabajo no interrumpe el período de prueba, con la excepción de la huelga, señalada por la jurisprudencia (STCT 24-11-1981). Este efecto no interruptivo puede frustrar la finalidad del período de prueba, pero aquí la ley ha optado por la defensa inicial de los intereses del trabajador, de la misma manera que lo ha hecho al exigir el acuerdo de las partes para que se produzca la interrupción de este período cuando concurran las causas que expresamente enumera. Con todo, para estas otras causas no contempladas en la norma las partes pueden evitar que el mero transcurso del tiempo ponga punto final al período de prueba si pactan expresamente su interrupción, ya que la ley no establece ninguna regla prohibitiva al respecto.

b') La finalización del período de prueba

Si el período de prueba transcurre sin que los sujetos del contrato de trabajo hayan ejercitado su singular facultad de resolución, la relación contractual «producirá plenos efectos, computándose el tiempo de servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa» (art. 14.3.1 ET).

Asimismo, la superación del período de prueba tiene el efecto relevante de cerrar el paso al despido objetivo por ineptitud, de manera que la que pueda existir antes del cumplimiento de un período de prueba (originaria) o se produzca durante éste (sobrevenida) no se podrá alegar de forma eficaz como causa que justifique este tipo de despido [art. 52.*a*) ET], una vez que se haya cumplido el período. Por consiguiente, la norma admite el carácter sanatorio de dicho período, siendo evidente que, salvo supuestos excepcionales de maquinación o simulación, el empresario puede conocer durante el referido período la aptitud del trabajador y hacer uso de su facultad de desistir de la relación contractual estipulada si el resultado de la prueba no satisface sus legítimas expectativas.

Un efecto indirecto de carácter sancionador deriva de la superación temporal del período de prueba, al presumirse en tal caso —con carácter *iuris tantum*— como trabajadores fijos a aquellos que no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social una vez que haya transcurrido dicho período (art. 15.2 ET).

3. Ineficacia del contrato

Como todo negocio jurídico, el contrato de trabajo puede resultar ineficaz, quedando así privado, mediante la declaración judicial de nulidad, de los efectos jurídicos que despliega habitualmente. A semejanza de su regulación en el ordenamiento común privado, las causas de nulidad del contrato de trabajo derivan de la vulneración de las normas imperativas, sean prohibitivas (por ejemplo, no disponer de la titulación exigida: STS 26-1-1998) o provengan de la ilicitud del objeto o de la causa del contrato (por ejemplo, simulación absoluta de contrato de trabajo para obtener prestaciones de la Seguridad Social, o simulación relativa mediante la que se oculta un verdadero contrato de trabajo bajo la apariencia de otra relación contractual como puede ser el arrendamiento de servicios). Junto a otras vías de respuesta complementarias usualmente plasmadas en presunciones favorables a la existencia y estabilidad del contrato de trabajo, así como en sanciones de carácter administrativo, el tratamiento de la ineficacia del contrato de trabajo permite distinguir dos tipos de nulidad: total y parcial.

A) Nulidad total

La nulidad total o de pleno derecho afecta al contrato de trabajo íntegramente y viene determinada por la ausencia o inexistencia viciada de sus elementos esenciales (por ejemplo, contratación de un menor de dieciséis años no autorizado excepcionalmente o contratación de una persona para realizar una actividad delictiva). La sanción de nulidad total y las eventuales sanciones de carácter laboral y penal que la acompañen no impiden que la norma legal dispense, al mismo tiempo, determinada protección al sujeto que

ha prestado los servicios por cuenta y bajo la dependencia ajena, pero mediante un contrato de trabajo judicialmente declarado ineficaz. Con esta finalidad tuitiva, y para evitar un enriquecimiento injusto del empresario que se ha beneficiado de aquella prestación, se reconoce al trabajador el derecho a reclamar la remuneración que le habría correspondido por el trabajo ya prestado si el contrato se hubiera considerado válido (art. 9.2 ET).

B) Nulidad parcial

En el supuesto, más frecuente, de que la nulidad sólo afecte a una parte del contrato (por ejemplo, cláusula de temporalidad fraudulenta o pacto individual de renuncia al derecho a la huelga), el ordenamiento laboral acoge el principio de conservación del negocio, dirigido aquí a reforzar la estabilidad en el empleo. Para hacerlo, se considera que la parte nula del contrato no se extiende al resto y, con esta finalidad, se preserva su validez de forma expresa (art. 9.1 ET).

Una vez inmunizada la parte del contrato a la que la nulidad no ha afectado, la ley salvaguarda la coherencia aplicativa del contrato en su conjunto por medio de dos mandatos (art. 9.1 ET). Por una parte, dispone que la parte nula se entiende completada con los preceptos jurídicos adecuados, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.1 ET, lo cual comporta integrar esta parte mediante el abanico de fuentes que este precepto enumera. Por otra parte, encomienda al juez que decida si las condiciones de trabajo de la parte válida conexas con aquellas otras de la parte nula subsisten o deben ser suprimidas (por ejemplo, percepción de una prima de asistencia vinculada a la renuncia individual al ejercicio del derecho a la huelga).

BIBLIOGRAFÍA

I. Concepto y función del contrato de trabajo

Alonso Olea, M.: «En torno al concepto de contrato de trabajo», *ADC*, enero-marzo, 1967.
Álvarez de la Rosa, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, 2011.
Cabrera Bazán, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1982.
Galiana Moreno, J.: «Crisis del contrato de trabajo», *RDS*, n.º 2/1988.
Luján Alcaraz, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Madrid, 1994.
Martín Blanco, J.: *El contrato de trabajo. Estudio sobre su naturaleza jurídica*, Madrid, 1957.
Martín Valverde, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AAVV: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Sevilla, 1978.
Ojeda Avilés, A.: «La genealogía del contrato de trabajo», *REDT*, n.º 135/2007.
Rodríguez-Piñero, M.: «Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Balance provisional de una polémica)», *AUH*, XXVII, 1967.
Sempere Navarro, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Madrid, 1982.

II. Estructura del contrato de trabajo

Colàs Neila, E.: *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Albacete, 2012.
Cruz Villalón, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas», *RL*, 1992-I.
De la Villa Gil, L. E.: «El concepto de Empresario-Empleador en el Derecho del Trabajo», en Blasco Pellicer, Á. (coord.): *El empresario laboral. Estudios en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, 2010.
Desdentado Daroca, E.: *La personificación del empresario. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, 2006.
De Vicente Pachés, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, 1998.
Escudero Rodríguez, R.: «El acoso sexual en el trabajo», *RL*, n.º 24/1993.
Fernández López, M. F.: *El poder disciplinario de la empresa*, Madrid, 1991.
García Murcia, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, n.º 130/1981.
Goñi Sein, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988.
Jurado Segovia, A.: *El acoso moral en el trabajo*, Madrid, 2008.
Martínez Abascal, V. A.: «Contrato de trabajo y libertad de información», *EP*, n.º 8/1989.
—: *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Valencia, 2008.
Martínez Girón, J.: *El empresario aparente*, Madrid, 1992.
Montoya Melgar, A.: «El poder de dirección del empresario», *REDT*, n.º 100/2000.
Palomeque López, M. C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica», *REDT*, n.º 2/1980.
—: «La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas», en Blasco Pellicer, Á. (coord.): *El empresario laboral. Estudios en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, 2010.
Pedrosa González, J.: *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Albacete, 2008.
Ramírez Martínez, J. M.: «El centro de trabajo», en Blasco Pellicer, Á. (coord.): *El empresario laboral. Estudios en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, 2010.
Revilla Esteve, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Pamplona, 2003.

Rodríguez Escanciano, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006.
Román de la Torre, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, 1992.
Selma Penalva, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Valencia, 2007.

III. Celebración del contrato de trabajo

Aparicio Tovar, J.: «La forma en el contrato de trabajo», *REDT*, n.º 1/1976.
Ballester Pastor, I.: *El período de prueba*, Valencia, 1995.
De Val Tena, A. L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Madrid, 1998.
Fernández Márquez, O.: *La forma en el contrato de trabajo*, Madrid, 2002.
García Valverde, M. D.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial», *DL*, n.º 45/1995.
González Ortega, S.: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AAVV: *Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990.
Martín Valverde, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, 1976.
Menéndez Sebastián, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Madrid, 2003.
Palomeque López, M. C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, 1975.
Rodríguez-Piñero Royo, M.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, 1995.
Valdes Dal-Ré, F.: «Poderes del empresario y derechos del trabajador», *RL*, n.º 8/1990.

CAPÍTULO 6: TIPOLOGÍA DEL EMPLEO: CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS CONTRACTUALES DIFERENCIADAS

Una vez examinadas en el capítulo anterior las líneas básicas por las que discurre la configuración del empleo en cuanto afecta al concepto, función, estructura y celebración del contrato de trabajo, procede considerar en este capítulo la tipología del empleo, como cuestión previa al estudio de su dinámica en los siguientes capítulos de esta sección. Dicha tipología comprende las principales manifestaciones de la prestación de servicios para otro, yendo por tanto más allá del trabajo asalariado. De un lado, abraza el análisis de las distintas clases de contrato de trabajo, diferenciables entre sí conforme a determinados criterios. De otro, incluye las figuras contractuales situadas por la norma al margen del contrato de trabajo y que aparecen en zonas de la prestación de servicios con distinto índice de autonomía respecto del trabajo asalariado, autonomía que en unos casos es de carácter nominal y que, en otros, obedece a razones técnicas de orden objetivo.

I. CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO

La ausencia de una clasificación general del contrato de trabajo en el ordenamiento laboral no es óbice para trazar una tipología del mismo en esta área del trabajo dependiente, sobre la base de un triple criterio.

En primer término, el criterio de la duración del contrato, aspecto cardinal de su regulación que permite distinguir entre contratos de trabajo de duración indefinida y contratos de trabajo de duración determinada o temporales.

En segundo lugar, el criterio de la especialidad reguladora extensa, que incluye los contratos de trabajo de régimen especial y cuya característica básica descansa, a estos efectos clasificatorios, sobre la regulación diferenciada de todas o algunas de las distintas fases que conforman el ciclo de la relación de trabajo asalariada común (celebración, desarrollo y extinción).

Por último, el criterio de la especialidad reguladora limitada, contemplado en la norma laboral bajo la denominación de «Modalidades del contrato de trabajo» (Sección 4.ª, Título Primero, Capítulo Primero ET). A diferencia del criterio señalado en segundo lugar, este otro se ocupa, en principio, de disciplinar aspectos concretos del ciclo vital del contrato de trabajo de régimen común (por ejemplo, la duración del mismo o la retribución). No obstante, y como después se comprobará, este criterio no se cumple para algunos de los subtipos incluidos en esta clasificación, que, por ello, tienen un anclaje legal inadecuado en la misma.

1. Contratos de trabajo según su duración

A) Duración del contrato de trabajo e intereses de las partes

La doctrina científica califica por lo común la duración como elemento accidental de los contratos, al considerar que no es un factor determinante para el nacimiento de la relación contractual. Esta calificación debe matizarse para el contrato de trabajo, ya que, en su seno, este elemento cumple, entre otras, la crucial función de delimitar una doble categoría de tipos contractuales cuya base se apoya en la duración indefinida o determinada de aquel negocio jurídico. La importancia de esta clasificación se refleja en una tutela de intensidad variada que se proyecta sobre un doble plano. En un plano constitutivo de la relación laboral, muestra el distinto grado con el que esos tipos protegen el principio de estabilidad en el empleo en el momento de celebrar el contrato de trabajo. En un plano funcional, y como reflejo de ello, patentiza la reacción protectora de la norma laboral mediante el juego de las presunciones favorables a la indefinición de la relación de trabajo cuando se burlan ciertos aspectos del régimen jurídico de los contratos de trabajo temporales.

La diferente intensidad con que se protege el principio de estabilidad en el empleo por medio de aquellas clases de contratación laboral refleja los intereses también diversos que presentan las partes del contrato con respecto a su duración.

En relación con el trabajador, su interés por fortalecer la estabilidad en el empleo encuentra en la duración indefinida del contrato el instrumento inmejorable. Ciertamente, este tipo de contrato le proporciona una mayor seguridad en el empleo, que cuenta con diversas manifestaciones.

Una *seguridad estructural*, puesto que se dota su relación de trabajo de una mayor garantía de continuidad. Una *seguridad constitutiva*, dado que la continuidad del vínculo favorece el nacimiento de determinados derechos (ciertos complementos salariales, posibilidad de promoción profesional…). Una *seguridad funcional*, que facilita el ejercicio normal de sus derechos, ya que no existe a este respecto el condicionante material de la temporalidad y de la consiguiente incertidumbre sobre la posibilidad de prórroga del contrato o su conversión en otro de carácter indefinido.

Los intereses del empresario en este ámbito pueden coincidir o no con los del trabajador, en función de los valores por los que se decante. Si el empresario valora de manera preferente los aspectos cualitativos de la actividad productiva relacionados con la formación y la experiencia del trabajador, se inclinará por la duración indefinida del contrato de trabajo cuando las funciones a desempeñar respondan a una necesidad permanente en la actividad de la empresa. En cambio, si en la visión empresarial prevalecen los aspectos cuantitativos que afectan al abaratamiento de los costes laborales directos, no dudará en elegir alguna de las modalidades contractuales de duración determinada, aunque las funciones a desempeñar obedezcan a aquella necesidad permanente. Esta última opción tiene una amplia acogida entre el empresariado, habida cuenta de la elevada tasa de temporalidad media que usualmente soporta el mercado de trabajo español (en diciembre de 2013 ascendía hasta un 23,9 por 100 según la Encuesta de Población activa del INE).

Distintos factores de orden jurídico propician esa opción a favor de la contratación temporal y la propia existencia de una perniciosa dualidad desequilibrada entre trabajadores fijos y temporales, calificada como «el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo» en el Documento de Trabajo del Gobierno de 5 de febrero de 2010, sobre la reforma laboral de ese mismo año, y de «anomalía en el contexto europeo» por la LEMURMET (Preámbulo I). Dichos factores se diversifican en una triple categoría. En primer lugar, *factores de carácter legislativo*, tales como los bajos costes de indemnización por extinción del contrato; la bonificación incentivada de la cotización empresarial a la Seguridad Social; la respuesta normativa a la utilización fraudulenta de la contratación temporal, en especial de los contratos de obra o servicio y de eventualidad, o al encadenamiento ilegal de contratos temporales. En segundo término, *factores de carácter institucional*, como son la utilización desbocada por las Administraciones Públicas de la contratación temporal como forma de abaratar costes de personal y de gestionar las plantillas o la insuficiente actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desbordada por su constante

déficit de personal. En tercer lugar, *factores de carácter negocial colectivo*, centrados en la parca acogida por la negociación colectiva de las posibilidades que ofrece la normativa laboral para introducir cláusulas de empleo en los convenios y acuerdos colectivos, como sucede, por vía de ejemplo, con la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa para concertar el contrato por obra o servicio determinados [art. 15.1.*a*) ET] o con la fijación de requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos temporales (salvo los formativos, los de relevo y los de interinidad) con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto con anterioridad mediante esta clase de contratos (art. 15.5 ET).

B) El contrato de trabajo de duración indefinida

a) Concepto

El contrato de trabajo de duración indefinida se caracteriza por la inexistencia de un término final, de manera que los sujetos que lo celebran desconocen previamente el momento en que el contrato llegará a su fin, sin que ello signifique que el contrato tenga carácter vitalicio, ya que este hecho vulneraría la libertad de extinción del vínculo contractual; tan sólo expresa la indeterminación de dicho término. Es el tipo de contrato de trabajo que mejor garantiza el principio de estabilidad en el empleo.

Como ya se señaló [Capítulo 5, II, 1, A)], en 1994 la LRET suprime la presunción general a favor del contrato de trabajo de duración indefinida y se vuelve a la fórmula de indiferencia legal en cuanto a la duración de la relación contractual de trabajo recogida en la LCT-1944, de modo que se potencia el ámbito de la autonomía individual en el acceso al empleo. Con todo, a favor de dicho contrato permanecen en el plano sancionador algunas reglas presuntivas.

En primer lugar, las presunciones *iuris tantum* de indefinición para ciertos supuestos de incumplimiento formales en los contratos de carácter temporal, relativos a la no formalización por escrito del contrato de trabajo en los supuestos contemplados en el artículo 8, números 2 y 4 ET, ya examinados [Capítulo 5, III, 1, A), *b*), *a'*)], así como a la carencia de alta en la Seguridad Social cuando haya transcurrido un plazo igual al que se hubiera podido fijar legalmente para el período de prueba (arts. 8.2 y 15.2 ET). Estas presunciones admiten la prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del contrato llevado a cabo, de modo que la eficacia correctora de tales incumplimientos es escasa. En segundo término, dos tipos de presunciones *iuris et de iure*. De un lado, la que pretende salir al paso del encadenamiento de contratos temporales en determinadas circunstancias, estableciendo la condición de trabajadores fijos para aquellos sometidos a esta sucesión contractual [art. 15.5 ET, *infra* C)]. De otro, la presunción de que los contratos temporales celebrados en fraude de ley son indefinidos (art. 15.3 ET).

b) Modalidades

Junto al contrato indefinido común existen en la actualidad tres modalidades de contrato indefinido. Dos de ellas, el CTIAP y el contrato de trabajo fijo discontinuo, tienen plena vigencia, en tanto la tercera, el CTFCI, sólo dispone de una vigencia transitoria.

a') El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

El objetivo de esta modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido consiste en «facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial» (art. 4.1 LEMURMEL). Bajo esta finalidad, su regulación debe ajustarse a determinadas prescripciones (art. 4 LEMURMEL):

1.ª *Ámbito subjetivo.* Únicamente pueden concertarlo las empresas que «tengan menos de cincuenta trabajadores… en el momento de producirse la contratación». No existen limitaciones específicas respecto de los trabajadores que pueden celebrar el contrato, aunque su concertación con ciertos colectivos (meno-

res de treinta años, mayores de cuarenta y cinco años y mujeres), da derecho a aplicar ciertas deducciones fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social [Capítulo 8, I, 1, A)].

2.ª *Limitaciones para su celebración.*

- El contrato ha de celebrarse por tiempo indefinido y a jornada completa.
- Se debe formalizar en el correspondiente modelo oficial.
- No podrá concertarse el contrato cuando, en los seis meses anteriores a su celebración, la empresa haya realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o haya efectuado un despido colectivo. En ambos casos, la limitación afecta tan sólo a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LEMURMEL (el 8-7-2012) para la cobertura de los puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

3.ª *Período de prueba.* Si se acuerda someter el contrato a un período de prueba, la duración del mismo ha de ser, imperativamente, de un año. Recuérdese la quiebra conceptual que esta duración representa respecto del período de prueba establecido en el artículo 14 ET, ya que la misma se fija al margen de la cualificación profesional del trabajador y con la finalidad, ajena al objeto de dicho período, de incentivar esta modalidad de contrato de trabajo de duración indefinida [Capítulo 5, III, 2, B)].

b') El contrato de trabajo fijo discontinuo

La segunda modalidad enmarcada en la contratación laboral indefinida es el contrato de trabajo fijo discontinuo. Su regulación obedece a ciertos rasgos distintivos: intermitencia en la ejecución, diversificación tipológica, deber de llamamiento y determinación del tiempo de trabajo.

1.º *Intermitencia en la ejecución.* El principal rasgo definitorio de este contrato, que le separa del contrato de trabajo fijo común u ordinario, deriva de que la prestación laboral se desarrolla con ciertas intermitencias suspensivas de la relación contractual, sin que se exija su ejecución durante todos los días que tienen la consideración de laborales. Dichas intermitencias no desvirtúan el carácter indefinido que en todo caso posee el contrato y que permite distinguirlo del contrato de trabajo eventual en tutela de una recta estabilidad en el empleo [*infra* I, 1, C)].

2.º *Diversificación tipológica.* Bajo el rasgo común de su carácter indefinido pero de ejecución intermitente, la normativa vigente contempla las dos submodalidades clásicas de este contrato.

- El fijo discontinuo de carácter periódico (FDP), en el que la prestación laboral se cumple en fechas ciertas, regulares o cíclicas (art. 12.3 ET).
- El fijo discontinuo de carácter no periódico (FDNP), esto es, aquel cuya prestación laboral no se repite en fechas ciertas, sin que pueda apreciarse, por tanto, regularidad y previsibilidad en tal prestación (art. 15.8 ET).

En ambos casos el carácter indefinido del contrato es incuestionable, tras una breve y errónea consideración legal del mismo por el ET como una modalidad de contrato de trabajo temporal. Ese carácter no ha impedido, sin embargo, que el ET incurra en el error de situar al FDP en el marco del CTTP. Este encuadramiento se llevó a cabo inicialmente para ambas modalidades mediante el RDL 18/1993, de 3 de diciembre, que derogará el artículo 15.6 ET y el tratamiento más consecuente con la naturaleza del contrato que este precepto realizaba. La vigente normativa sólo ha corregido en parte esa catalogación en la actual regulación del TFD, puesto que una de las citadas modalidades, el FDP, sigue uncida de forma exclusiva al CTTP, que se entiende celebrado por tiempo indefinido para realizar esa clase de trabajo dentro del volumen normal de actividad de la empresa (art. 12.3 ET en la redacción dada por la LRMT). De este modo, la prestación de servicios se realiza durante un número de horas al año inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, lo que encaja en la definición legal que del CTTP contempla el artículo 12.1 ET.

Se incurre así en el error técnico de considerar que el FDP debe canalizarse necesariamente como una submodalidad del CTTP, lo que supone una palmaria confusión entre la duración del contrato y la duración de la jornada. En esencia, porque en tanto el CTTP actúa sobre el tiempo de trabajo reduciéndolo mediante la voluntad concorde de las partes en el contrato, cualquiera de las dos modalidades indicadas de TFD encuentra su fundamento en la naturaleza fija, aunque cíclica y discontinua, de la actividad empresarial, siendo ese consustancial componente cíclico, al margen de su reiteración en fechas ciertas o inciertas, el que justifica que el contrato en cuya virtud se encauza la prestación laboral tenga carácter indefinido. Esta crucial diferencia explica que, cualquiera que sea la reiteración con que se produzca el TFD, las partes no hayan de acordar necesariamente la reducción de la jornada, ya que el menor número de horas al año que se realicen materialmente no depende en todo caso de ese pacto, sino, se reitera, de la naturaleza de aquella actividad.

Téngase en cuenta, no obstante, que, si bien las partes no están obligadas a pactar una jornada reducida en el contrato de trabajo para TFD, ello no significa, naturalmente, que no puedan hacerlo, pues este pacto no afecta en modo alguno al carácter indefinido del contrato. En el caso de que ese pacto se concierte, el módulo de referencia que se utilice para determinar la reducción acordada no habría de ser la jornada de un trabajador a tiempo completo fijo y de prestación continua, puesto que el ciclo en el que se desarrolla el TFD es en sí mismo completo. Por tanto, sin forzar el tenor literal del artículo 12.1 ET, la comparación habría de realizarse con un trabajador de la misma empresa o centro de trabajo con el mismo tipo de contrato de trabajo (es decir, fijo y periódico a tiempo completo dentro del ciclo) y que realice un trabajo idéntico o similar. Pero esta interpretación no resulta viable *de lege data* al calificarse en el artículo 12.3 ET la modalidad FDP como CTTP, estableciéndose de esta forma la reducción de jornada como elemento constitutivo de la misma.

Este desacierto en la delimitación conceptual de la figura no debe minusvalorarse porque va tener una incidencia decisiva en la dualidad de regímenes jurídicos aplicables a las dos modalidades en que se bifurca el genérico TFD, como ha de verse seguidamente (*infra* 3.º y 4.º).

Por su parte y con pleno acierto, el artículo 15.8 ET, igualmente reformado por la LRMT, no situará ya de modo privativo el FDNP en el territorio del CTTP, de forma que lo desplazará del artículo 12 ET ubicándolo en el lugar apropiado, es decir, en el relativo a la duración del contrato de trabajo. Separación a la que se une la habilitación a los convenios colectivos de ámbito sectorial para que puedan utilizar el CTTP en esta otra submodalidad, cuando ello esté justificado por las peculiaridades de la actividad del sector. Esta separación conceptual y sistemática permite, de seguro, aplicar del modo que acaba de describirse a esta modalidad contractual el módulo de referencia o comparación de un trabajador fijo discontinuo para acordar la utilización en la misma de la modalidad a tiempo parcial.

3.º *Deber de llamamiento*. Se trata de la clave de bóveda del régimen jurídico del TFD, que pretende garantizar la debida utilización empresarial de la figura y, al tiempo, proveer al trabajador del mecanismo procesal idóneo para reaccionar frente al incumplimiento por parte del empresario de este crucial deber.

Dicho deber se establece únicamente para el FDNP. En esta submodalidad, la imposibilidad de conocer por anticipado el momento en que se inicia de nuevo la prestación laboral determina que, para garantizar la estabilidad en la ocupación y la duración indefinida del contrato, el legislador establezca la obligación empresarial de llamamiento cada vez que la actividad empresarial se reanuda, remita a los convenios colectivos la concreción del orden y la forma del llamamiento y faculte al trabajador para que, en caso de incumplimiento, pueda reclamar en procedimiento de despido.

Dos cuestiones principales se suscitan en relación con este deber. En primer lugar, la necesidad de que dicho deber no sólo se contemple, como ahora sucede, para el FDNP, sino también en relación con el FDP, recuperando así la construcción homogénea que en este punto realizaba el anterior artículo 15.6 ET. La necesidad de incorporarlo a esa última submodalidad deriva de las alteraciones sobrevenidas que puede experimentar la actividad empresarial incluso cuando se trata de ciclos de reiteración regular —o fijos y periódicos en la equívoca terminología utilizada por la norma vigente—, dado que la previsibilidad

en la reiteración del ciclo no siempre podrá ser absoluta, pues la incorporación de los trabajadores en esta modalidad no se realiza siempre en bloque cuando la actividad productiva se reanuda, sino de modo paulatino, de suerte que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad en la reclamación por despido no siempre puede establecerse en todos los casos a partir de la reanudación de dicha actividad. La reanudación parcial de la actividad en el caso del FDP, como ya sucedía durante la vigencia del derogado artículo 15.6 ET, determina asimismo la suspensión de los contratos de los trabajadores no convocados, pero sin la mayor garantía de que éstos sean posteriormente reincorporados cuando dicha actividad lo requiera al no contemplar la norma legal para esta submodalidad el deber de llamamiento.

La segunda cuestión de relieve se refiere a la necesidad de que la norma legal establezca los criterios generales o bases que han de regir el orden y la forma del llamamiento para el supuesto de que el convenio colectivo guarde silencio sobre tan decisivas cuestiones, como ahora sucede en relación con el FDNP. Eliminado bajo el ariete desregulador el criterio de la antigüedad en el orden de llamamiento, que introdujo la Ley 32/1984 para ambas modalidades de TFD, la ausencia actual en la norma estatutaria de criterios supletorios de la abstención convencional, provoca una flexibilidad normativa inducida que facilita la utilización por el empleador del contrato eventual, en lugar de acudir a aquellas modalidades.

Mediante la previsión legal que acaba de indicarse se evitarían numerosos problemas de desprotección que dicha ausencia puede provocar. De entre ellos, dos merecen destacarse. El primero alude a la mayor dificultad para accionar ante el eventual despido que derive de la falta de llamamiento sobre cuyo orden y forma el convenio nada diga y, como es probable, tampoco el contrato de trabajo, de modo que, en este caso, será necesario remitirse a la norma acostumbrada, de superior dificultad probatoria.

Un segundo problema que la citada previsión legal permitiría atajar, se refiere a la extemporánea calificación como FDNP, que queda remitida por la jurisprudencia, no a la fecha en que se inicia la primera actividad cíclica de fecha incierta, sino a aquella otra en que el convenio colectivo sectorial especifica la categoría o especialidad conforme a las que ha de realizarse el llamamiento (SSTSJ/Granada 28-3-2007 y 16-5-2007). La supletoriedad de la norma legal introduciendo algunas precisiones generales a este respecto, podría evitar esta perjudicial determinación del convenio que solo trabajosamente y de modo incierto cabría subsanar por el cauce de la autonomía individual.

4.º *Determinación del tiempo de trabajo*. El restablecimiento de la prohibición de realizar horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial, sólo exceptuada para las de emergencia a fin de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes (art. 14.4.c) ET conforme al art. Uno, 1 RDL-CESMEN), deroga la posibilidad de realizarlas introducida por la LEMURMEL y dispensa un tratamiento homogéneo en este extremo a las dos submodalidades de TFD en la vigente regulación, ya que la prohibición que regía con anterioridad a la LEMURMEL sólo afectaba de forma general al FDP o, de forma específica, al FDNP en el que se acordase la prestación a tiempo parcial.

En lo tocante a la posibilidad de realizar horas complementarias, ésta tiene un distinto tratamiento para dichas submodalidades, derivado de la reducción de la jornada. En el caso del FDP el pacto para su realización es factible dada la expresa posibilidad que brinda al efecto el artículo 12.5.*b*) ET, únicamente para el CTTP de duración indefinida, incentivando así esta contratación e impidiendo su concertación en la de índole temporal. El forzado encaje conceptual del FDP en el CTTP desemboca en esta admisibilidad. Pero, junto a ese objetivo incentivador, existe una razón flexibilizadora adaptativa y vinculada a la referida confusión tipológica. En este sentido, la posibilidad de pactar horas complementarias, así como horas extraordinarias, atendiendo al obligado encaje normativo del FDP en el marco del CTTP, supone introducir una mayor flexibilidad en la jornada de trabajo de esta modalidad con desequilibrio favorecedor del interés empresarial, dada la actual regulación de las mismas [*infra* I, 3, B)].

Por lo que hace al FDNP, dicha posibilidad se limita al supuesto en que el mismo se articule con jornada a tiempo parcial. Al menos dos consideraciones abogan a favor de la misma. De un lado, porque la derogación de la regla supletoria para el convenio colectivo admitiendo tales horas en las dos submodalidades de TFD [art. 12.5.*e*).1.ª ET, versión conforme al RDL 15/1998], no ha estado acompañada en el

vigente artículo 12.5.*b*) ET de excepción o limitación algunas para su celebración en el FDNP. De otro, dado que la obligación de preavisar al trabajador con tres días de antelación sobre el día y hora de realización de las horas complementarias [art. 12.5.*d*) ET] permite adaptar su prestación a esta submodalidad, máxime teniendo en cuenta que, conforme a este precepto, puede establecerse en convenio colectivo una regulación distinta al efecto. Esta regulación no podrá suprimir el preaviso, pues su finalidad es permitir al trabajador el control sobre la organización de su tiempo libre, evitando, así, una puesta a disposición de su fuerza de trabajo incompatible con la libertad contractual. Aunque dicho plazo no está configurado en la norma como mínimo —lo que resulta censurable—, estando por tanto habilitado el convenio para ampliarlo o reducirlo, en este último caso, el fijado no puede ser irrazonable de modo que el trabajador pierda objetivamente aquel control que la norma legal pretende salvaguardar al establecerlo, lo que se produciría si el convenio redujera el referido sobre la ya drástica reducción legal del mismo antes señalada.

c') El contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida

La persistente y elevada tasa de temporalidad que arroja nuestro mercado de trabajo, aboca en 1997 a un cambio de tendencia normativa dentro de la general orientación encaminada al fomento económico de la contratación laboral. Fruto del Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el empleo de 7 de abril de 1997, los Reales Decretos 8 y 9/1997, convertidos luego en las Leyes números 63 y 64 de ese mismo año, sin abandonar completamente el estímulo de la contratación temporal, se van a decantar por la de índole indefinida con apoyo básico en dos medidas, que se mantienen hasta el presente. Por un lado, creando el CTFCI como una medida transitoria de estímulo al empleo estable y, por otro, estimulando económicamente de forma prioritaria la contratación laboral indefinida en su conjunto. El carácter transitorio del contrato quedará contradicho por la amplitud temporal de su mantenimiento, dado que la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 63/1997, creadora de dicho contrato, será sustituida por la Disposición Adicional 1.ª de la LRMT, que, a su vez, será objeto de modificación mediante la LEMURMET. El final de este periplo normativo lo marca la reforma laboral de 2012, introduciendo dos prescripciones a este propósito. Con arreglo a la primera, la posibilidad de formalizar este contrato a partir del 12 de febrero de 2012 queda cancelada al derogarse la Disposición Adicional 1.ª de la LRMT [Disp. Derog. única.1.*a*) LEMURMEL]. En virtud de la segunda, los contratos de trabajo de esta modalidad celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron, excepto en el supuesto de la indemnización por despido disciplinario improcedente, que se calculará conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 5.ª LEMURMEL (Disp. Trans. 6.ª LEMURMEL y Capítulo 14, II, 4). En este contexto transitorio debe por tanto encuadrarse el estudio de esta figura contractual a extinguir.

Por medio de la reducción del coste indirecto de la mano de obra, el CTFCI pretende facilitar la colocación estable de ciertos colectivos de trabajadores desempleados, así como de los vinculados por contratos de trabajo temporales que sean transformados en aquella modalidad. En rigor, este contrato no puede calificarse como una nueva modalidad de contratación laboral, puesto que se trata de un contrato indefinido ordinario con posibilidad de extinción menos costosa para el empleador. Esta onerosidad más reducida se vincula al coste del despido por causas objetivas, declarado por el órgano judicial como improcedente o reconocido como tal por el empresario, cifrándose la cuantía indemnizatoria reducida en treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades (Disp. Adic. 1.ª2 LRMT, modificada por la LEMURMET).

El relativo éxito del CTFCI en su período inicial de vigencia (la contratación indefinida pasó del 4,1 por 100 al 9,5 por 100 en cuatro años, ya que en dos de cada tres contratos se utilizó aquel tipo), condujo en 2001 a la estabilización de esta figura mediante una doble modificación que pretendía reforzar su uso (Disp. Final 1.ª2 y 5 Ley 12/2001) y que afectaba al ámbito subjetivo y a las limitaciones para celebrar el

contrato. La reforma laboral de 2010 (LEMURMET), incidió sobre esta modificación, así como sobre el supuesto de utilización desviada del procedimiento de despido objetivo.

1.ª *Ámbito subjetivo*. La primera modificación efectuada mediante la LRMT afectaba al ámbito subjetivo del contrato y consistía en ampliar el colectivo de los trabajadores que podían formalizarlo, mediante dos vías. Una de ellas incidía en el acceso al empleo, posibilitando la formalización del contrato con determinados trabajadores inscritos en la Oficina de Empleo, en quienes concu-rrieran determinadas circunstancias de especial dificultad para aquel acceso: jóvenes entre dieciséis y treinta años, ambos inclusives; mujeres en profesiones u ocupaciones con menores índices de empleo femenino; mayores de cuarenta y cinco años; desempleados con un mínimo de seis meses inscritos de manera ininterrumpida como demandantes de ocupación y discapacitados.

La reforma laboral de 2010 volvió a ampliar este ámbito subjetivo hasta su práctica universalización incluyendo ahora los siguientes grupos de desempleados: los que lleven como mínimo un mes inscritos ininterrumpidamente como tales, así como los que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, bien hayan estado contratados exclusivamente mediante contratos de trabajo temporales, incluidos los contratos formativos, bien se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido con una empresa diferente (Disp. Adic. 1.ª2 LRMT, modificada por la LEMURMET). Esta generalización del ámbito subjetivo cuestionaba la finalidad de fomento selectivo del empleo con la que nació el CTFCI, revelando el prioritario designio reductor de los costes del despido con que este contrato fue configurado.

La segunda vía autorizaba a formalizar el CTFCI con los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato temporal celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2003, término que fue a su vez posteriormente ampliado. La reforma de 2010 incidió en este plano permitiendo la conversión de los contratos temporales, incluidos los contratos formativos, dentro de dos parámetros temporales. De un lado, los contratos temporales celebrados antes del 18 de junio de 2010 que se transformaran en un CTFCI antes del 31 de diciembre de 2010. De otro, los contratos temporales celebrados a partir del 18 de junio de 2010 transformados en un CTFCI con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, siempre que su duración no hubiera excedido de seis meses, duración máxima de la que se eximía a los contratos formativos (Disp. Adic. 1.ª2 LRMT, modificada por la LEMURMET).

2.ª *Limitaciones para su celebración*. Con arreglo a la segunda modificación y con objeto de estimular el uso de este contrato, se reducía el plazo de prohibición para concertarlo de doce a seis meses desde la realización de extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes o por despidos colectivos, con la excepción, en este último supuesto, de que la celebración del CTFCI hubiera sido acordada con los representantes de los trabajadores en el período de consultas legalmente previsto. En ambos casos, este límite temporal sólo concernía a los puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o el despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

La reforma del mercado de trabajo de 2010 volvió sobre estas limitaciones bajo el mismo objetivo de facilitar la celebración de ese tipo contractual, incorporando algunas novedades de relieve (Disp. Adic. 1.ª2 LRMT, modificada por la LEMURMET):

- Las extinciones producidas habían de referirse, no a los contratos de trabajo en general, sino a los contratos de trabajo indefinidos ordinarios por causas objetivas o despidos colectivos.
- Dichos contratos debían haberse extinguido en el plazo señalado no sólo por causas objetivas declaradas por el órgano judicial como improcedentes, sino también en virtud de reconocimiento empresarial de la improcedencia respecto de dichas causas.
- El reducido plazo de seis meses no se aplicaría a las extinciones producidas por la vía de despidos objetivos con anterioridad al 18 de junio de 2010.

C) El contrato de trabajo de duración determinada

a) Concepto

En el contrato de trabajo de duración determinada las partes conocen por adelantado su carácter temporal, aunque no siempre con total precisión. En este contrato el señalamiento de la temporalidad se puede alcanzar de dos formas. La primera consiste en determinar expresamente su duración, fijando bien un plazo o un término de vigencia (contrato de trabajos eventuales), bien la previsión de un plazo resolutorio o de un término de vigencia (contrato por obra o servicio de-terminados y de interinidad). La segunda estriba en incluir en el contrato de trabajo una condición resolutoria (por ejemplo, la fijación de un rendimiento determinado), de manera que aquí no hay certeza ni en la fecha de extinción ni tampoco sobre el cumplimiento de la condición.

b) Clases

Considerando la causa específica de temporalidad sobre la que se fundamentan, puede trazarse una doble tipología de los contratos de trabajo temporales: con causa estructural de temporalidad y con causa coyuntural de temporalidad. Conviene tener en cuenta que la identificación de estas causas específicas de temporalidad presupone, en cualquier caso, que existe una causa genérica propia de todo contrato de trabajo y referida al propósito concordante de las partes (empleador y trabajador) de cambiar trabajo por salario.

a') Con causa estructural de temporalidad

Los contratos de trabajo temporales con causa estructural obedecen a determinadas causas específicas, que justifican el recurso de la contratación temporal. Su carácter estructural responde a la relativa persistencia de dichas causas en el sistema de contratación laboral de duración determinada, sin perjuicio de que la utilización de cada modalidad deba justificarse por la presencia de la concreta causa que la justifique.

La causalidad específica de estas modalidades supone que el hecho de utilizarlas tiene que responder a necesidades productivas de orden transitorio pero con una justificación objetiva, de manera que se respete así el criterio objetivo de la contratación laboral temporal aceptado por la ley y la jurisprudencia. El cumplimiento de este criterio exige que las necesidades permanentes de prestación de servicios a la empresa hayan de atenderse con contratos de trabajo de duración indefinida, pudiendo acudirse a la contratación temporal cuando existan causas objetivas que así lo permitan legalmente. Se trata del principio de causalidad en la contratación laboral, concebido por la ley como garantía de la estabilidad en el empleo.

Existen tres modalidades contractuales de orden estructural que responden a esta caracterización, una vez que la reforma de 1997 suprimió el contrato por el lanzamiento de nueva actividad: el contrato por obra o servicio determinado, el contrato para trabajos eventuales y el contrato de interinidad.

a'') El contrato de trabajo para obra o servicio determinados. Su objeto se identifica con la realización, a cambio de un salario, de una obra o servicio determinados que deben tener autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución tiene que ser limitada en el tiempo, pero, en principio, de duración incierta [arts. 15.1.*a*) ET y 2.1 RCT].

La validez del contrato exige la concurrencia de determinados requisitos (STS 28-5-1994, 24-4-2006 y 21-1-2009):

1.º *Delimitación del objeto*. El objeto del contrato se perfila por la norma exigiendo que la realización de la obra o la prestación de un servicio determinados tengan autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad laboral de la empresa. Esta exigencia supone que las funciones contratadas, aunque formen parte del proceso de producción ordinario de la empresa, han de diferenciarse con claridad del mismo por

su contenido, delimitación legal que la jurisprudencia subraya como requisito esencial del contrato (SSTS de 30-12-1996 y 11-11-1998) 8-11-2005 y 22-2-2007) Por tanto, este contrato no es admisible para atender tareas normales y permanentes en la actividad de la empresa (SSTS 8-11-2005 y 22-2-2007), que no permiten su individualización al margen de dicha exigencia legal (STS, de 22-4-2002 y 6-3-2009). La exclusión del contrato para la atención de dichas tareas es también aplicable a la Administración Pública cuando la misma actúa como empleador utilizando esta modalidad (SSTS 21-7-2008 y 6-3-2009).

De este requisito se exceptúa el supuesto de las contratas o concesiones administrativas, en cuyo marco se permite la utilización de esta modalidad aunque las actividades contratadas obedezcan a necesidades permanentes, tanto de las empresas contratantes como de las contratistas o concesionarias. Con doctrina muy discutible y cambio de la anterior negadora de su validez (SSTS u.d. de 10-5-1993 y 4-5-1995), entiende ahora la jurisprudencia que la autonomía y sustantividad propia exigida por la ley se cumplen mediante la individualización de cada contrata o concesión, extendiéndose la duración del contrato por el tiempo que abarca la contrata o la concesión y siempre, claro está, que no exista interposición fraudulenta (SSTS de 4-10-2007 y 6-6-2008). El cambio doctrinal es controvertible porque la referida individualización de cada contrata o concesión no siempre implica de forma necesaria la autonomía y sustantividad de la obra o servicio que se preste en ese marco descentralizado de la actividad económica, lo que acontece cuando el objeto del contrato de obra o servicio no puede identificarse realmente en cada nueva contrata o concesión.

2.º *Identificación de la causa*. En conexión necesaria con el objeto del contrato, la concreta causa que debe justificar cada obra o servicio determinados constituye, asimismo, requisito esencial que revierte en la validez de ese objeto y determina la de la propia causa concurrente con éste (SSTS u.d. de 11-5-2005 y 10-11-2009), por lo que en el momento de formalizar la relación contractual es necesario que se especifique, con suficiente precisión y claridad, la obra o el servicio en el que va a ser empleado el trabajador (SSTS u.d. de 10-10-2005 y 21-1-2009). Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior están habilitados para realizar esa identificación, tarea de la máxima relevancia teniendo en cuenta la elasticidad de las nociones legales.

3.º *Limitación temporal del contrato*. Limitación temporal en su ejecución y duración relativamente incierta de la misma. Lo que significa, en primer lugar que, con la reforma de 2010, este contrato tiene ahora una duración máxima de tres años, susceptibles de ampliarse hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Si estos plazos transcurren y el trabajador sigue prestando sus servicios, adquirirá la condición de trabajador fijo de la empresa, con presunción *iuris et de iure* de duración indefinida del contrato [art. 15.1.*a*) ET, modificado por la LEMURMET], actuando esta garantía como regla especial prevalente respecto de la general del artículo 49.1, c), 3º ET, de modo que la falta de denuncia tempestiva del contrato no provoca aquí la presunción *iuris tantum* de indefinición contemplada en este precepto.

La duración del contrato es relativamente incierta, en segundo lugar, porque, dentro de esos límites temporales máximos, tal duración será la exigida para realizar la obra o el servicio, pudiendo establecerse a este respecto un plazo o un término orientativos [art. 2.2.*b*) RCT], respetando siempre dichos límites. La utilización de esta modalidad se admite, por consiguiente, para tareas de duración incierta pero materialmente determinadas (por ejemplo, programas específicos de radio o televisión cuya existencia o continuidad dependan del índice de audiencia o de la disponibilidad presupuestaria). Un relevante efecto de esta doctrina favorable a la prevalencia del criterio de la realización efectiva de la obra o servicio afecta a la extinción del contrato y permite afirmar que la terminación del mismo, sin que se acredite la de la obra o servicio, equivale al despido, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de las contratas (SSTS de 14-6-2007 y 10-6-2008).

Con todo, los mencionados límites temporales no se aplican en dos supuestos relacionados con la negociación colectiva, pudiendo, por tanto, sobrepasarse atendiendo a la duración real de la obra o servicio. En primer lugar, no afecta a los contratos de esta modalidad concertados antes de la entrada en vigor del

LEMURMET al amparo de lo establecido al respecto en los convenios colectivos sectoriales. En segundo término, tampoco concierne a lo que se haya establecido antes o después de la entrada en vigor de dicha norma para el contrato fijo de obra en la negociación colectiva de conformidad con lo preceptuado en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (Disp. Adic. 1.ª LEMURMET).

4.º *Invaribilidad de funciones*. La ejecución del contrato ha de realizarse en el ámbito de las tareas pactadas, sin que pueda admitirse la asignación de otras distintas, salvo la que derive de la movilidad funcional y con los límites establecidos para ésta. Por ello, y en indisociable conexión con el deber empresarial de identificar de forma indubitada la causa, se considera también requisito esencial el que impone la ocupación del trabajador en la actividad acotada como causa del contrato, rechazándose por tanto la ejecución de tareas distintas a las que perfilan su objeto (SSTS u.d. de 10-10-2005 y 21-1-2009). No obstante, la peculiaridad propia del sector de la construcción avala la admisibilidad, mediante convenio colectivo, del denominado «contrato fijo de obra», en cuya virtud el personal que lo formalice, «sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a un misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada un de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de 3 años consecutivos salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término…» (art. 24.3 del V Convenio colectivo general del sector de la construcción de 20-1-2012). Esta regulación convencional es admitida por el TS respecto de la realización de tareas distintas en el ámbito de un único contrato fijo de obra, siempre que dicha previsión quede nítidamente concretada en el contrato (SSTS de 30-3-1996 y 30-6-2005).

b") El contrato de trabajo para trabajos eventuales. Las causas genéricas que justifican el recurso a esta modalidad temporal se identifican con circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aunque se trate de la actividad normal de la empresa [arts. 15.1.*b*) ET y 3.1 RCT].

A partir de esa conceptuación legal y de las reglas que la desarrollan, se pueden acotar los requisitos específicos exigidos para la validez del contrato:

1.º *Delimitación del objeto*. El criterio decisivo que delimita el objeto de este contrato viene dado por el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, como circunstancia que exige a la empresa un incremento de mano de obra con ese mismo carácter eventual (STS de 21-12-1990). Nótese que la temporalidad que implica aumento del personal no puede aceptarse por sí sola como criterio preeminente para delimitar ese objeto contractual, porque el rasgo temporal es también elemento intrínseco a los tres contratos causales de duración determinada regulados en el artículo 15.1 ET. Siendo esto así, lo que en rigor caracteriza el objeto del contrato eventual es el incremento contingente del volumen de trabajo que el empleador debe afrontar con fuerza de trabajo adicional a la usualmente utilizada, de forma que no es el carácter meramente temporal u ocasional del trabajo el que obliga a contratar por tiempo determinado, sino la elevación provisional del volumen de trabajo la que desemboca en la contratación eventual; ampliación cuantitativa que no integra de modo necesario el objeto propio de las otras dos modalidades encuadradas en la contratación temporal de estructura.

En relación con su objeto, la necesidad de utilizar esta modalidad contractual se explica porque el incremento temporal del volumen de trabajo no puede atenderse con los trabajadores que normalmente prestan servicios en la empresa, advirtiéndose así una desproporción entre las tareas a realizar y el personal disponible, sin que sea razonable un aumento de la plantilla fija dada la excepcionalidad de ese incremento (SSTS u.d. de 3-2-1995 y 6-5-2003), y evitándose, asimismo. «el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra.» (STS de 21-4-2004). De esta delimitación del objeto del contrato se desprende que debe utilizarse, bien el contrato indefinido común, cuando el incremento de la actividad productiva es constante y lineal, bien el contrato fijo discontinuo en el supuesto de que el aumento del volumen de trabajo tenga carácter cíclico (SSTS de 18-3-1991 y 23-6-1998).

2.º *Identificación de la causa*. El carácter contingente del incremento del volumen de trabajo que troquela el objeto del contrato se proyecta de forma necesaria sobre su causa. Al igual que sucede con las otras modalidades de contratación temporal de estructura, la temporalidad del contrato eventual no se supone, sino que, por ministerio de la ley, opera la presunción inversa a favor del contrato indefinido. De aquí que el RCT imponga para todas ellas la obligación de expresar con toda claridad y precisión «los datos objetivos que justifican la temporalidad» (art. 3.2, a) ECT y STSS de 21-3-2002 y 6-3-2009), «en garantía y certeza de la contratación temporal causal» (SSTS de 6-3-2009 y 25-1-2011).

Con la finalidad de que dicha obligación quede cabalmente cumplida, la norma legal no se limita, por tanto, a establecer unas causas genéricas que justifican la utilización del contrato, concretadas en las circunstancias de mercado, la acumulación de tareas y el exceso de pedidos (art. 15.1, b) ET), como ya se señaló anteriormente. Exige, además, su especificación reglamentaria en cada contrato que se formalice al amparo de esta modalidad.

3.º *Limitación temporal del contrato*. Es exigencia de la norma que se determine la duración del contrato (art. 3. 2, a RCT). Tal duración viene referida a un término o a un plazo preestablecidos. Cualquiera de esos modos de fijarla ha de ajustarse a las determinaciones legales o, en su caso, convencionales. El ET establece una duración máxima de seis meses dentro de un período de referencia máximo de doce meses dentro del cual se puede concertar (STS 21-4-2004).

Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, o en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior (en todo caso de carácter estatutario, por ser el único que garantiza la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal: SSTS 17, 18 y 20-11-2003), pueden modificarse ambos límites temporales, atendiendo en todo caso al carácter estacional en que las circunstancias que actúan como causa del contrato puedan producirse, sin que deba identificarse esa estacionalidad con el contrato fijo discontinuo. En este supuesto se establecen, asimismo, determinados límites para la negociación colectiva. Por una parte, el período de referencia máximo ha de ser de dieciocho meses. Por otra, la duración máxima del contrato no puede superar las tres cuartas partes del período de referencia ni, como máximo, doce meses. Este último límite de doce meses de duración del contrato sólo es operativo cuando el período de referencia excede de dieciséis meses, ya que, en este caso, si se aplicasen las tres cuartas partes de dicho período se superarían los doce meses (por ejemplo, en un período de diecisiete meses la duración sería de doce meses y setenta y cinco días). Cuando el período de referencia es igual o inferior a dieciséis meses, las tres cuartas partes no superan en ningún caso la duración máxima de doce meses.

El cómputo del plazo del período de referencia, legal o convencional, debe iniciarse a partir del momento en que surgen las circunstancias que justifican el contrato [art. 3.2.*c*) RCT], no por tanto, de modo necesario, desde que se formaliza el mismo. Esta forma de cómputo del momento inicial de dicho período introduce, sin embargo, un elemento de indeseable incertidumbre en su precisa determinación, que posibilita eludir la estabilidad en el empleo, a no ser que exista algún indicador objetivo a este propósito (por ejemplo, acuerdo colectivo previo para registrar la fecha en la que se produce el incremento inusual de pedidos).

Es posible prorrogar el contrato por una sola vez, mediante acuerdo de las partes, en el supuesto de que se concierte por un plazo inferior a la duración máxima legal o convencionalmente establecida. En tal caso, la duración total no puede exceder de esa duración máxima.

Hay que tener en cuenta que siendo el contrato para trabajos eventuales un contrato a término, «éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal» , estableciéndose así «una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato» (SSTS 4-2-1999 y 17-10-2006), por lo que, una vez que llega el término fijado, el contrato se extingue aunque continúe existiendo la causa que motivó su concertación, con la salvedad de que pueda prorrogarse si se ha celebrado por un período inferior al máximo establecido.

c") El contrato de trabajo de interinidad. Este contrato presenta una doble causa genérica de temporalidad, que permite distinguir dos submodalidades del mismo [arts. 15.1.*c*) ET y 4.1 RCT].

- La sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, establecido en norma legal, convenio colectivo o acuerdo individual (interinidad por sustitución).
- La cobertura temporal de un puesto de trabajo vacante durante el proceso de selección o promoción para proveerlo definitivamente, tanto en el sector público como en el sector privado (interinidad por vacante).

La validez de ambas submodalidades precisa cumplir ciertos requisitos [arts. 15.1.*c*) ET, 4.2 RCT y 8 RCT]:

1º. Delimitación del objeto

El objeto de esta modalidad se identifica con la necesidad transitoria de cubrir puestos de trabajo que, por distintas causas, carecen de titular con ese mismo carácter provisional. A diferencia de las anteriores modalidades, en las que la contratación temporal de fuerza de trabajo surge de necesidades provocadas por circunstancias contingentes y externas a la empresa u organismo, en esta otra la necesidad primaria que provoca su formalización deriva de la existencia de una plantilla incompleta. Por consiguiente, la prestación de trabajo que se intercambia por la prestación salarial no se delimita originariamente en este contrato por un incremento transitorio del trabajo, sino que, por el contrario, esta elevación obedece a un decremento pasajero de los trabajadores que ordinariamente lo realizan o a una insuficiencia circunstancial de aquellos otros que hayan de realizarlo conforme a la planificación de los recursos humanos.

2.º Identificación de la causa

Consecuente con las dos submodalidades del contrato, su elemento causal se manifiesta en el doble plano de las causas genéricas y de las causas específicas.

Causas genéricas.

Como se ha indicado con anterioridad, la causa genérica de la *interinidad por sustitución* se predica de los trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, establecido en norma legal, convenio colectivo o acuerdo individual. Sin embargo, debe advedrtirse ahora que la formulación normativa de esta causa no es suficiente para delimitar de forma acabada el ámbito subjetivo sobre el que la misma opera. En primer lugar, porque existen supuestos suspensivos con derecho a reserva del puesto de trabajo que deben considerarse tácitamente excluidos de la posibilidad de utilizar el contrato de interinidad por sustitución (huelga legal, salvo incumplimiento por los trabajadores de ciertas obligaciones legales *ex* art. 6.5 RDL 17/1977; cierre patronal; fuerza mayor temporal y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter temporal), toda vez que, aunque no exista prohibición legal expresa al respecto, las específicas finalidades a las que estos supuestos obedecen son incompatibles con la utilización del contrato de interinidad. En segundo término, por cuanto la norma reglamentaria amplía aquel ámbito subjetivo, dando entrada a otros supuestos en los que debe acudirse a este tipo de interinidad. Rasgo común a todos ellos es la inexistencia del derecho a reserva del puesto de trabajo. Así sucede cuando tal reserva es innecesaria por tratarse de situaciones interruptivas. Aquí se inscribe el supuesto de los trabajadores que ejerzan su derecho a los permisos de reducción de jornada recogidos en el artículo 37.4 bis y 5 ET, o el de aquellos otros en los que, conforme a la ley o al convenio, se acuerde una reducción de la jornada del trabajador sustituido (art. 5.2, b) RCT). No obstante, debe tenerse en cuenta, en relación con las situaciones interruptivas de la prestación laboral, que la jurisprudencia, tras su inicial admisión (SSTS. de 26-11-1985 y 19-2-1986), ha rechazado posteriormente que la interrupción del contrato de trabajo por

vacaciones pueda aceptarse como causa habilitante de la interinidad por sustitución (STS 12-6-2012), de forma que la figura jurídica adecuada para la sustitución del trabajador por vacaciones es el contrato eventual (SSTS de 2-6-1994 y 12-7-1995).

También se anticipó que la *interinidad por vacante* obedece a la causa genérica de cubrir temporalmente un puesto de trabajo en tal situación durante el proceso de selección para proveerlo de forma definitiva, tanto en el sector público como en el privado. (art 4.1, 2º RCT). Pese a carecer actualmente de soporte expreso en la norma legal tras la supresión por la Ley 29/1999 de su específica e inicial admisión para las empresas de trabajo temporal (art. 6.2, d) Ley 14/1994), la jurisprudencia ha aceptado su validez en el ámbito de la Administración Pública, realizando una discutible interpretación extensiva de los preceptos aplicables al contrato de interinidad vigentes a la sazón (SSTS de 4-7-1994 y 20-5-1997), cuyo tenor literal y finalidad no se cohonestaban con esa clase de interpretación.

Causas específicas

La dualidad de las causas genéricas que facultan para utilizar el contrato, exige su posterior concreción en cada contrato que se formalice al amparo de cualquiera de las dos anteriores submodalidades (arts. 15.1, c) ET y 4.2, a), 1º y 2º RCT; STS de 19-5-1992 y 18-6-1994).

En la interinidad por sustitución han de identificarse el trabajador sustituido y la causa de la sustitución, debiendo señalarse si el puesto de trabajo a desempeñar es el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa al que se encomiendan las funciones de este último en virtud del poder de variación empresarial, supuesto que la jurisprudencia había considerado «totalmente razonable» antes de su admisión legal (STS 30-4-1994). Por otra parte, la causalidad requerida para la concertación del contrato no desaparece, según el criterio del TS, en algunos supuestos singulares de interinidad por sustitución. Tal acontece en el supuesto de variación de la causa durante la vigencia del mismo contrato, debido a distintas situaciones sucesivas, de carácter suspensivo (maternidad) e interruptivo (vacaciones), a las que se acoge el sustituido (STS, de 26-11-1985), o cuando un mismo trabajador interino sustituye a distintos trabajadores mediante varios contratos de interinidad, siempre que en cada uno de ellos se justifique la causa de la sustitución y ésta concluya válidamente, extinguiéndose así la correspondiente relación contractual de interinidad (SSTS de 19-2-1986 y de 20-5-1998).

En la interinidad por vacante el contrato ha de identificar el puesto de trabajo objeto de cobertura definitiva mediante selección externa o promoción interna, exigiendo asimismo la jurisprudencia la determinación del sistema de nombramiento del titular de la plaza (STS 18-6-1994). Sin embargo, la concreción exigida a este propósito por la jurisprudencia no es absoluta, sin que se precise una perfecta identificación de la plaza para descartar el fraude y la consiguiente conversión en indefinido del contrato (STS de 18-6-1994), bastando que el deslinde de la plaza se atenga a criterios objetivos, especificando la categoría profesional y función a desempeñar, el centro de trabajo y la duración extendida hasta la cobertura legal de la plaza (SSTS de 26-6-1995 y 29-3-1996.

También en la internidad por vacante exige la jurisprudencia que en el contrato se indique si el puesto de trabajo a desempeñar es el del sustituido o el de otro trabajador de la empresa al que se encomienden las funciones de este último, aunque el cambio a otro puesto de trabajo también vacante se produzca una vez iniciada la prestación laboral (STS de 17-12-2012).

3.º *Límites temporales*. En la interinidad por sustitución la duración del contrato no queda ya sujeta a condición resolutoria, conforme resultaba de su anterior regulación (art. 4.2, c) del RD 2014/1984) y en cuya virtud si la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo previsto no tenía lugar o cesaba la causa de la reserva, se producía la conversión del contrato en otro por tiempo indefinido (STS de 17-11-1987 y 28-12-1992). Modificando el anterior criterio, la norma reglamentaria vigente (arts. 4.2, b) y 8.1, c) RCT, anticipados por el artículo 42.b) RD 2547/1994), somete la duración y consiguiente extinción del contrato a término resolutorio, de suerte que el cumplimiento del término, bajo cualquiera

de las causas establecidas, extingue el contrato, a no ser que el trabajador continúe prestando servicios una vez que la causa extintiva se haya producido y no hubiera denuncia expresa, en cuyo supuesto el contrato se considera tácitamente prorrogado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario acreditativa de la naturaleza temporal de la prestación (art. 8.2, 2º RCT). Con todo, debe tenerse en cuenta que la duración de esta interinidad, aun estando temporalmente acotada conforme exige la naturaleza del contrato, es relativamente incierta, toda vez que bien la duración inicial de algunas de las causas específicas que generan la suspensión del contrato del sustituido es susceptible de prolongarse hasta su duración máxima, bien una u otra duración pueden reducirse si el sustituido anticipa su reincorporación, como puede suceder en ambos casos, a modo de ejemplo, con la incapacidad temporal o con la suspensión del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género.

La jurisprudencia ha reflejado el mencionado cambio normativo en su proyección sobre las causas extintivas que la norma reglamentaria contempla para esta clase de interinidad. En este orden de cosas, la reincorporación del trabajador sustituido sigue determinando la extinción de la interinidad por sustitución (art. 8.1.c, 1ª RCT), como es el caso común del alta médica del trabajador sustituido en situación de incapacidad temporal (STS de 13-5-2008); extinción que no se admite en el supuesto de que el alta se formule con propuesta de incapacidad permanente, puesto que la validez extintiva pende aquí de la resolución de la entidad gestora admitiendo ese grado de incapacidad (STS de 5-5-2005). La extinción también se consuma, conforme a lo dispuesto en el artículo art. 8.1.c, 2ª RCT, si vence el plazo legal o convencional establecido para la reincorporación del trabajador sustituido y ésta no se produce (STS de 20-1-1997). De igual modo, acaece dicha extinción si, a su vez, se extingue la causa que motivó la reserva del puesto de trabajo (art. 8.1.c, 3ª RCT), como sucede en los casos de muerte, incapacidad permanente o jubilación del trabajador sustituido (SSTS de 20-1-1997, 20-1-1998 y 24-1-2000) o en aquellos otros en los que concluye dicha causa al modificarse la situación suspensiva que origina la interinidad, de lo que es ejemplo la sustitución interina de un trabajador en incapacidad temporal que posteriormente es nombrado para otro puesto de trabajo, pasando a la situación de excedencia voluntaria en el puesto originario objeto de la sustitución (STS de 30-10-2000).

Sometida igualmente la duración de esta interinidad a término resolutorio, sobre éste planea asimismo una dosis de incertidumbre en cuanto al momento que identifique su llegada. En el sector privado, esta afirmación parece que habría de desecharse si se considerara tan sólo el tenor literal de la norma a este respecto, merced al cual la duración de la interinidad por vacante ha de coincidir con la que comprenda el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto de trabajo, con el límite máximo de tres meses y la cautela adicional, frente a actuaciones torticeras, impeditiva de la celebración de un nuevo contrato de este tipo con el mismo objeto una vez superada esa duración máxima (art. 4.2, b) 2º RCT). Pero la jurisprudencia ha flexibilizado esa regla distinguiendo los procesos en los que el empresario actúa con plena libertad organizativa de aquellos otros en cuya virtud una norma (incluyendo el convenio colectivo) impone una tramitación que no siempre puede cumplirse en el mencionado plazo. El fundamento de esta distinción es también diverso: «mientras que en el primer caso la aplicación de un plazo máximo es una garantía frente a los abusos o fraudes, en el segundo la limitación temporal específica no se justifica, pues la garantía surge de la propia regulación legal o convencional, y el empresario no tiene disponibilidad sobre la aplicación de un proceso reglado» (SSTS de 1-4-2006 y 17-1-2008).

Cuando es utilizada por la Administración Pública, la incertidumbre en la duración de esta interinidad deriva de la propia norma reglamentaria, que la configura con un apreciable grado de indeterminación, al hacerla coincidir con el tiempo que duren los procesos de selección para proveer puestos de trabajo conforme a lo establecido en su normativa específica (art. 4.2, b) 3º RCT. Pese a la relativa incerteza de la regla, su razonabilidad y objetivación la justifican, al tiempo que le permiten cumplir una conveniente función resolutiva descartando la pretensión de calificar como indefinida esta clase de interinidad en el supuesto de que se supere el plazo previsto como máximo para la cobertura reglamentaria de la plaza, «teniendo en

cuenta que la causa de temporalidad no ha desaparecido sino que simplemente se ha dilatado en el tiempo» (sSTS 22-10-1997 y 23-3-1999).

d") Reglas comunes a la contratación temporal estructural. Con el fin de dotar de un mayor catálogo de garantías a los trabajadores que concierten contratos temporales, la LRMT prescribe ciertas reglas comunes (arts. 8.2 y 15.2, 3, 4, 5, 6 y 7 ET y 6 y 9 RCT):

1.ª La aplicación de ciertas reglas presuntivas de que los referidos contratos se han concertado por tiempo indefinido. Por un lado, una presunción *iuris tantum* —enervable por ello mediante la prueba de la naturaleza temporal del contrato—, en ciertos supuestos de incumplimientos formales de la norma legal:

- Cuando se da incumplimiento de la forma escrita.
- Cuando no se haya dado de alta al trabajador en la Seguridad Social, siempre que haya transcurrido como mínimo un plazo igual al período legal de prueba.
- En el caso de falta de denuncia, cuando el trabajador continúa prestando los servicios una vez finalizada la duración del contrato.

Por otro lado, dos reglas generales presuntivas con carácter es *iuris et de iure* de duración indefinida del contrato. La primera se establece en el supuesto de que la contratación temporal se haya realizado en fraude de ley (art. 15.3 ET). La segunda, hace frente a una forma específica de fraude legal: el encadenamiento injustificado de contratados temporales. De este modo, el trabajador adquiere la condición de fijo cuando, dentro de un período de treinta meses, haya sido contratado durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, bien de forma directa o mediante su puesta a disposición por ETT, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada. Esta presunción no es aplicable en el caso de utilización de contratos formativos, de relevo e interinidad. Tampoco se aplica a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, ni a los contratos temporales utilizados por empresas de inserción registradas cuando el objeto de los mismos se considere como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado (art. 15.5 ET modificado por la LEMURMET).

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de este precepto estatutario fue suspendida con carácter temporal desde el 31 de agosto de 2011 (fecha de entrada en vigor del RDL-PROJO) hasta el 31 de dicembre de 2012 (art. 5 RDL-PROJO), suspensión confirmada con posterioridad por el artículo 17 LEMURMEL. La justificación de este paréntesis aplicativo estribaba en «evitar efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y en favorecer el mantenimiento del empleo» (Preámbulo IV RDL-PROJO), así como en «intentar reducir la dualidad laboral lo antes posible» (Preámbulo V LEMURMEL). Sin embargo, este provisional estímulo a desconocer la eficacia de una relevante regla antifraude resultaba doblemente contradictorio. Por un lado, porque contribuía a la elevada tasa de temporalidad del sistema de empleo, y, por otro, porque ignoraba transitoriamente el fraude en el mencionado encadenamiento de contratos temporales que el precepto suspendido pretendía combatir, incentivando de este modo la realización de la conducta fraudulenta y transmitiendo la idea de que el fin dirigido a incrementar el empleo temporal justifica los medios fraudulentos para alcanzarlo.

2.ª La obligatoriedad de que la negociación colectiva establezca, considerando las peculiaridades de cada actividad y las características del puesto de trabajo, requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo con contratos de esta clase, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición concertados con ETT, quedando asimismo excluidos de este mandato los contratos temporales mencionados en la anterior regla 1.ª Al margen de este loable propósito, el carácter imperativo de esta regla (art. 15.5.2.º ET) no es técnicamente admisible en el ordenamiento laboral, teniendo en cuenta que el derecho a la negociación colectiva no comporta un deber paralelo de convenir, sino un deber de negociar de buena fe (arts. 37.1 CE y 82.1 y 89.1 ET), a salvo de ciertas cláusulas delimitadoras o de encuadramien-

to. Por ello, la ley debería haber introducido esta regla en el marco de la prohibición de encadenamiento injustificado de contratos temporales.

3.ª La equiparación en derechos de los trabajadores con contrato temporal a aquellos que lo conciertan con duración indefinida, excepto en las particularidades derivadas de la extinción del contrato, de las expresamente previstas en la ley para los contratos formativos y de la regla de proporcionalidad de acuerdo con el tiempo trabajado cuando la naturaleza de los derechos reconocidos por vía normativa (disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos) así lo requiera.

4.ª El deber empresarial de informar a los trabajadores de la empresa con contrato temporal de la existencia de puestos de trabajo vacantes, para garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que al resto de los trabajadores.

5.ª La habilitación a los convenios colectivos para que puedan establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos. Es ésta una regla meramente pedagógica, ya que tales posibilidades ya existen para la negociación colectiva estatutaria al amparo de la habilitación negocial general recogida en el artículo 85.1 ET.

6.ª El mandato de que los convenios colectivos establezcan medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores con contrato temporal a la formación profesional continua, con el fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad funcional. Debe darse aquí por reproducida la anterior consideración sobre la inadmisibilidad técnica de este mandato a la luz del derecho constitucional de negociación colectiva [*supra d*), 2.ª].

7.ª El establecimiento de una indemnización derivada de la extinción del contrato temporal. La cuantía indemnizatoria es netamente inferior a la establecida para los contratos indefinidos y pretende resarcir del deterioro de la estabilidad en el empleo que supone el contrato temporal, cuya extinción provoca un lucro cesante (pérdida de retribución) y un daño emergente (dificultad de encontrar otro trabajo). Dicha cuantía está prevista en doce días de salario por cada año de servicio, en lugar de los ocho días de salario por cada año de servicio que regía hasta el 31 de diciembre de 2011. La aplicación de la referida cuantía superior se producirá gradualmente hasta alcanzar los doce días a partir del 1 de enero de 2015 [art. 49.1.*c*) ET modificado por la LEMURMET y Disp. Trans. 13.ª ET añadida por la LEMURMET]. El contrato de trabajo de interinidad y los contratos formativos siguen exceptuados de esta indemnización, sin que puedan apreciarse criterios objetivos para esta exceptuación.

b') Con causa coyuntural de temporalidad

Creado mediante el RD 1.989/1984, de 17 de octubre, el CTFE supuso la ruptura del principio de estabilidad en el empleo, puesto que no obedecía a ninguna causa estructural, es decir, a ninguna necesidad temporal objetiva de la actividad empresarial, sino a la inespecífica y coyuntural de fomento del empleo. La derogación de esta modalidad contractual en virtud de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, no fue completa, de forma que el contrato continúa vigente para ciertos grupos de trabajadores: discapacitados (Ley 43/2006, de 29 de diciembre) y personas en situación de exclusión social (Ley 44/2007, de 13 de diciembre).

En ambos casos el contrato tiene una causa mixta, ya que a la genérica de fomento del empleo se añade la de facilitar la inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario de los citados colectivos. Regula el contrato, por tanto, una relevante área del empleo protegido. Su régimen jurídico cuenta con determinadas especialidades relativas, sobre todo, al control público del proceso de inserción sociolaboral que deben seguir los trabajadores y a los requisitos que han de reunir ciertos empleadores que los contraten (Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción). Este contrato tiene fijada una indemnización, también con el carácter de mínimo de derecho necesario, que pretende compensar su temporalidad sin causa estructural, y que es equivalente a doce días de salario por año de servicio.

Con todo, conviene subrayar que la formal reinstauración del principio de causalidad mediante la parcial derogación del CTFE fue acompañada de la búsqueda de un refugio, también formal, para el antónimo principio de acausalidad, que materialmente se resistirá así a desaparecer. De este modo, el eclipse de dicha figura no determinará una mayor utilización significativa de la contratación indefinida, sino el desplazamiento del empleo hacia otras modalidades contractuales, en especial hacia los contratos de trabajo eventual y por obra o servicio determinados. Aunque la celebración de estos contratos había de obedecer, en el marco de la contratación laboral estructural, a determinadas causas, su incrementada utilización tras la reforma de 1994 constituye poderoso indicio de deformación de la causalidad admitida mediante la utilización torticera de estas modalidades; uso desviado que, más allá de la conjetura, la jurisprudencia ha venido a confirmar.

c) La contratación temporal en las Administraciones Públicas

Los empleados públicos pueden prestar sus servicios a las Administraciones Públicas en régimen de Derecho Administrativo (funcionarios de carrera e interinos y personal eventual) o sometidos al Derecho del Trabajo (trabajadores asalariados). Con algunas diferencias nominativas, esta dualidad básica de regímenes jurídicos ha sido una constante en la evolución normativa postconstitucional de las prestaciones personales de servicios dependientes para dichas Administraciones y tiene hoy un claro respaldo normativo para el conjunto de ellas. En primer lugar, porque la CE no instaura en exclusiva el régimen funcionarial para todas aquellas prestaciones de servicios (arts. 35.2 y 103.3). En segundo término, y en consecuencia, dado que el artículo 8.2.*c*) EBEP cataloga también como empleados públicos a los que integran el personal laboral.

El principal escollo con el que viene tropezando la contratación laboral en las Administraciones Públicas deriva de la dificultad de armonizar dos ordenamientos jurídicos, el administrativo y el laboral, pues ambos se aplican, aunque en distinta medida, para el personal sujeto a dicha contratación (art. 7 EBEP) y en esta materia, tales ordenamientos obedecen a principios diversos. En esencia: a la garantía de objetividad en la provisión de los empleos públicos el primero y a la estabilidad en el empleo el segundo. La preservación de tales principios ha de realizarse teniendo en cuenta que las Administraciones Públicas no son empresarios privados, aunque deban someterse a la normativa laboral cuando contraten trabajo asalariado. Su naturaleza jurídica es la del poder público que actúa como empleador público en tal caso, pero sometido plenamente a la Ley y al Derecho, sirviendo con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).

Esa sujeción normativa tiene, por lo que aquí interesa, dos manifestaciones esenciales, no exentas tampoco de serias dificultades aplicativas. La primera supone que la contratación laboral no puede llevarse a cabo para desempeñar puestos de trabajo reservados a los funcionarios públicos. Se trata aquí de puestos que conllevan el desarrollo de funciones de participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas, así como en la garantía de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas (art. 9.2 LBEP), como son, por ejemplo, los jueces y fiscales o los inspectores técnicos. Pero esta regla tiene carácter básico o mínimo, de modo que, tanto la ley estatal como las autonómicas, pueden ampliar esa reserva (eso sucede, por ejemplo, con el personal sanitario o el docente de las Administraciones Públicas sometido a régimen estatutario público). En el ámbito no reservado a los funcionarios, las leyes de la Función Pública han de establecer —y así lo hacen— los criterios para determinar los puestos de trabajo que pueden desempeñarse por personal laboral (art. 11.2 EBEP).

La relativización de las fronteras entre el personal funcionario y el laboral que deriva de estas previsiones legales, ha desembocado en una acentuada diversidad a la hora de determinar por las distintas Administraciones Públicas los puestos de trabajo que este último puede ocupar, con claro menoscabo de los principios constitucionales de seguridad e igualdad.

La segunda manifestación se refiere al indispensable cumplimiento de los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público mediante la contratación laboral (arts. 14 y 23.2 CE y 55 LBEP). Esta insoslayable exigencia ha generado, sin embargo, importantes disfunciones en relación con la estabilidad en el empleo del personal laboral de las referidas Administraciones.

Bajo esas premisas constitucionales, el empleador público está facultado para contratar laboralmente, utilizando cualquiera de las modalidades previstas en la legislación de esa naturaleza (art. 11.1 EBEP). Entre ellas, son las derivadas de la contratación laboral temporal las que vienen provocando un reguero de problemas, de orden cuantitativo y cualitativo, no superados todavía en su mayor parte. Los primeros expresan el intensivo y continuado uso por aquellas Administraciones de dicha contratación, con un promedio, en diciembre de 2013, del 19,9 por 100 de temporalidad en el conjunto del sector público, que se sitúa en el 24,9 por 100 para todo el sector privado en esa misma fecha (INE), contradiciendo así la recurrente finalidad de la ley propugnando la reducción de la desbocada tasa de temporalidad del mercado de trabajo y emitiendo tácitamente de este modo al sector privado un lamentable mensaje de permisividad.

Desde el prisma cualitativo, el recurso irregular, abusivo o fraudulento a la contratación laboral de duración determinada por las Administraciones Públicas viene impidiendo la consolidación en el empleo del personal sometido a la misma. En este sentido, debe señalarse la insuficiente respuesta de la doctrina judicial en esta materia que, tras un recorrido sinuoso, sostiene, a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, la conversión del contrato de trabajo no ajustado a la legalidad en indefinido, pero no la consideración de fijo de plantilla, argumentando que los artículos 23.2 y 103.3 CE exigen la observancia, por quien desee acceder a la función pública, de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, acreditados en el oportuno procedimiento de selección (STS 10-12-1999). Esta artificial distinción permite extinguir por justa causa el contrato indefinido resultante de dicha conversión cuando la plaza se cubra mediante el procedimiento legal (SSTS 21-12-1998 y 19-1-1999).

El EBEP ha recogido la referida distinción jurisprudencial derivada de la duración del contrato de trabajo con la Administración Pública [arts. 8.1.*c*) y 11.1]. La calificación legal en esta norma del trabajador como fijo habría de entenderse referida al carácter indefinido de su vínculo contractual y no al puesto de trabajo que desempeña. Tal calificación sería así congruente con el hecho de que el trabajador con contrato indefinido pueda cambiar de puesto de trabajo conforme a las reglas laborales de la movilidad funcional y geográfica, sin que la naturaleza de ese vínculo se altere (art. 83 EBEP). Sobre la base de la normativa laboral aplicable en este punto, no es admisible, por tanto, la tesis jurisprudencial de que el trabajador indefinido no fijo «tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación», de modo que su relación laboral «está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa» (SSTS 29-11-2005 y 3-5-2006). Porque ello sería tanto como aceptar que las consecuencias de esa contratación irregular, abusiva o fraudulenta ha de soportarlas el trabajador, con menoscabo de su estabilidad en el empleo, y no el empleador público que actúa contraviniendo la normativa laboral aplicable. Cosa distinta es que para acceder a un puesto de trabajo fijo el trabajador con contrato laboral indefinido haya de someterse, claro está, a los procedimientos de selección que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad exigidos a todo empleado público (art. 55 EBEP).

Desafortunadamente, las manifestaciones elusivas de la estabilidad en el empleo y referidas a la contratación temporal por las Administraciones Públicas no son infrecuentes. Entre ellas, cabe señalar:

1.ª La formalización del contrato de trabajo eventual, concebido por la norma laboral para atender necesidades excepcionales y transitorias de la actividad y utilizado en realidad por la Administración para encomendar funciones de carácter permanente, lo que implica fraude de ley y la conversión del contrato en indefinido, pero no fijo de plantilla (SSTS 20-3-2002 y 6-5-2003).

2.ª La sucesiva concertación con el mismo trabajador del contrato de trabajo temporal para o obra o servicio determinados, que, en realidad, obedece a una necesidad permanente, ya sea en prestación de servicios continua o discontinua. Se pretende eludir de esta forma la estabilidad en el empleo, lo que también implica fraude de ley y habría de provocar el efecto de transformar en indefinida la contratación, pero

no con el carácter fijo antes señalado. Transformación que sí se produce en el caso de que el empleador público vincule la temporalidad del contrato a la existencia de dotación presupuestaria para el desarrollo de las sucesivas campañas, ya que no es ésta la causa determinante de la validez de dicho contrato sino la legalmente prevista para formalizarlo (la obra o el servicio determinados a realizar: SSTS 22-6-2004 y 23-11-2004). No obstante, en este supuesto, la Administración Pública empleadora puede extinguir válidamente el contrato transformado en indefinido acudiendo al despido objetivo por falta de dotación económica estable para la ejecución del plan o programa público de que se trate, abonando la correspondiente indemnización con arreglo al artículo 52.*e*) ET (STS 25-11-2002).

Ahora bien, la reforma laboral de 2010 ha establecido para este supuesto la continuidad del trabajador en el puesto de trabajo que viniera desempeñando, pero hasta que se proceda a su cobertura de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, «momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público, superado el correspondiente proceso selectivo» (Disp. Adic. 15.ª ET modificada por el RDL-MURMET). El efecto extintivo automático de la relación laboral que la norma vincula ahora a dicha cobertura, excluye de forma implícita a la Administración de la hasta ahora obligada utilización del despido objetivo y de la consiguiente indemnización que para el mismo se establece.

3.ª El injustificado tratamiento normativo que supone establecer la readmisión únicamente para el personal laboral fijo cuando el despido acordado por el empleador público con carácter disciplinario en virtud de la comisión de una falta muy grave, es declarado improcedente por el juez (art. 96.2 EBEP). Esta regla altera a favor de este personal la opción que en la norma laboral corresponde al empleador entre readmitir o indemnizar (art. 56.1 ET). Pero se trata de una regla asimétrica puesto que queda al margen de la misma el personal temporal de las Administraciones Públicas cuando el despido disciplinario se produce antes de que finalice la vigencia del contrato.

2. Contratos de trabajo de especialidad extensa

A) Caracterización

Como ya hubo ocasión de señalar, el ET (art. 2.1 ET) y sus normas de desarrollo, bajo la denominación de relaciones laborales de carácter especial, abordan determinados subtipos de trabajo asalariado, sometidos a una regulación específica en todas o algunas de las fases que integran el ciclo de la relación de trabajo asalariada común (celebración, desarrollo y extinción). Todos ellos reúnen los presupuestos genéricos exigidos para el contrato de trabajo de régimen común, con las salvedades, también indicadas en su momento, de las relaciones laborales especiales de los penados en instituciones penitenciarias y de los menores en centros de internamiento, en las que el presupuesto jurídico de la voluntariedad aparece legalmente desvirtuado [Capítulo 1, I, C)]. El régimen jurídico del conjunto de estas relaciones contractuales de carácter especial obedece a determinadas características que las singularizan.

a) Especialidad de las fuentes reguladoras

Desde el punto de vista de las fuentes reguladoras, estas relaciones contractuales están sujetas a la aplicación de normas laborales específicas, es decir, dotadas de un contenido que se aparta, en distinta medida, de la normativa aplicable al contrato de trabajo de régimen común, rigiéndose de modo prioritario por la propia normativa especial que las regula. No obstante, aun siendo indudable el carácter singular de estas relaciones, la distancia con aquella otra de régimen común no es tan amplia como pudiera parecer. Dos razones primordiales fundan este aserto.

En primer lugar, porque, al igual que sucede con la relación laboral común, la regulación de estas de carácter especial ha de respetar asimismo los derechos constitucionales. A ello se refiere de forma técnica-

mente incorrecta el artículo 2.2 ET al circunscribir ese respeto a los «derechos básicos reconocidos por la Constitución», introduciendo una nueva categoría de derechos básicos que la CE no incluye en parte alguna con esta denominación y reduciendo ese respeto únicamente a esa novedosa categoría, lo que resulta inviable al amparo de la garantía institucional de sujeción por parte del legislador al contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Título primero de la CE (art. 53.1).

En segundo término, toda vez que la normativa de la relación laboral común se toma como parámetro para las especiales en una doble faceta. De un lado, como modelo regulador (por ejemplo, en la configuración del ciclo vital del contrato de trabajo o en la canalización a través de la jurisdicción del orden social de los conflictos jurídicos que surjan en ese marco contractual). De otro, como normativa aplicable, ya sea mediante específica remisión directa (por ejemplo, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo el art. 10.1 DOPM, que regula la relación laboral especial de mediadores mercantiles, remite al ET), ya sea en virtud de remisión genérica con carácter supletorio, que es el supuesto frecuente en la mayor parte de las relaciones laborales de carácter especial.

b) Especialidad de los presupuestos reguladores

La necesaria diferencia de contenido que en determinados aspectos han de tener las relaciones especiales, ha llevado a plantear ante el TC la posible discriminación de ese contenido en determinados supuestos. La doctrina constitucional no considera que el tratamiento legal diferenciado de dichas relaciones vulnere el artículo 14 CE, puesto que este precepto veda ese trato en situaciones iguales, en tanto que «la consideración de una relación de trabajo como especial, implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las restantes relaciones especiales» (STC 27/1984, de 24-2). De ahí que la existencia de regímenes jurídicos distintos para diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, no lesione el principio constitucional de igualdad, siempre que tales regímenes estén justificados por las características especiales de cada tipo de trabajo. En concreto, la regulación de las relaciones laborales de carácter especial no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, dado que en ellas pueden detectarse esas características singulares, bien por la cualidad de las personas que prestan el trabajo, bien por el lugar en el que éste se realiza, bien por el tipo de funciones que se desempeñan (SSTC 79/1983, de 5-10 y 56/1988, de 24-3). Estas tres circunstancias actúan como prepuestos reguladores específicos de estas relaciones especiales.

c) Especialidad del contenido de la regulación

La presencia de los mencionados presupuestos reguladores (cualidad de los trabajadores, lugar de la prestación y tipo de funciones) salva el juicio constitucional de discriminación, pero no es suficiente para determinar la posible vulneración de derechos que pueda producirse en la concreta regulación de cada una de las relaciones especiales erigidas en base a tales presupuestos. Por consiguiente, el ajuste a Derecho de las mismas exige tener en cuenta que dicha regulación, bajo el pretexto de la especialidad, no debe restringir de forma injustificada los derechos reconocidos a los trabajadores afectados.

La enumeración de las relaciones laborales de carácter especial que efectúa el artículo 2.1 ET es inicial o, dicho de otro modo, abierta. Así se desprende de lo dispuesto en el apartado *i*) del referido artículo 2.1, en virtud del cual se considerará relación laboral de carácter especial «Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley» (Ley en sentido formal y no material, pues se utiliza la mayúscula), ofrecimiento que el legislador ha acogido en distintas ocasiones. Por tanto, legalmente se precisa una calificación expresa mediante norma con rango de ley formal para considerar una relación laboral como especial (relaciones laborales de carácter especial con expresa declaración normativa). Con todo, existen algunas relaciones laborales que, si bien no disponen expresamente de esa calificación, pueden considerarse desde el plano conceptual como tales, ya que obedecen al criterio distintivo básico que las sustenta, consistente, como ya se ha reiterado, en introducir una regulación es-

pecífica de todas o algunas de las fases que conforman el ciclo de la relación de trabajo asalariada común (relaciones laborales de carácter especial sin expresa declaración normativa).

Por otra parte, es necesario señalar que las relaciones laborales de especialidad extensa no deben identificarse con aquellas otras cuya singularidad deriva del sector o subsector de la actividad económica en el que se desarrolla el trabajo asalariado (por ejemplo, trabajo en el mar, trabajo en la construcción o trabajo aeronáutico), ya que, si se admitiera esa identidad, se llegaría al absurdo de considerar como especiales a la mayor parte de las relaciones laborales, teniendo en cuenta que las distintas circunstancias en las que se realiza ese trabajo en los mencionados sectores o subsectores determinan por sí mismas particularidades que afectan de un modo más o menos amplio al régimen jurídico de las prestaciones de trabajo que se desarrollan en cada uno de ellos. De aquí que la calificación por la ley de una relación laboral como especial no tome en consideración el sector o subsector de la actividad económica, sino el más específico del colectivo de trabajadores afectados por una especialidad reguladora extensa, es decir, la que se proyecta con amplitud sobre el régimen jurídico de su relación contractual de trabajo, afectando de ordinario a la mayor parte de sus fases.

B) Clases

El estudio de las relaciones laborales de carácter especial ha de detenerse básicamente en las que la norma califica de modo expreso como tales, dispensando una atención menor a aquellas que no disponen de esa calificación. La consideración de las relaciones que integran el primer grupo se centra en determinados extremos sobresalientes de las mismas: los presupuestos reguladores, las fuentes de la relación, el ámbito subjetivo y las especialidades de su régimen jurídico, así como, cuando proceda, la adecuación al ordenamiento de dichas especialidades.

a) Relaciones laborales de carácter especial con expresa declaración normativa

a') Personal de alta dirección

a") Presupuestos reguladores. Esta relación reposa sobre la *fiducia* de las partes en el contrato especial que conciertan, reconocida expresamente por el artículo 2 DAD, y denotativa, al tiempo, de la cualidad de las personas y de las funciones que se prestan en cuanto presupuestos reguladores de esa relación contractual. De la encomienda de altas funciones directivas deriva un segundo fundamento no explícito en la norma pero identificable con un elevado poder contractual, que contribuye a explicar ciertas reglas especiales de la relación.

b") Fuentes reguladoras. Declarada como relación laboral especial por el artículo 2.1.*a*) ET y regulada por el DAD, peculiaridad reseñable de las fuentes reguladoras de la relación es la acentuada preferencia por la voluntad de las partes en el contrato, ya que la relación se rige en primer término por esa voluntad, bien que con sujeción a dicha norma reglamentaria y demás normas aplicables (por ejemplo, las imperativas en materia fiscal: STS 24-2-2009). Las restantes normas de la legislación laboral sólo se aplican cuando se produzca remisión expresa en el referido reglamento o así conste en el contrato (art. 3.2 DAD). Supletoriamente, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales (art. 3.1 DAD).

c") Ámbito subjetivo. El singular ámbito subjetivo de aplicación se delimita a partir de tres rasgos básicos (art. 1.2 DAD). En primer lugar, el ejercicio de «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa», lo que se concreta, no en el desempeño de cualquier puesto directivo, sino en el de aquellos que comportan la realización de las funciones de orden superior en la misma, sólo limitadas por las directrices que marque el órgano rector de la sociedad (STS 2-1-1991), bastando con disponer de apoderamiento real para su ejercicio por parte del alto cargo y sin necesidad de contar con poderes formales al respecto (STS 7-3-1988).

En segundo lugar, dichos poderes han de estar vinculados a «los objetivos generales» de la empresa, lo que se ha matizado por la jurisprudencia por vía de excepción, aunque con ciertas oscilaciones, en el sentido de incluir tanto la actividad íntegra de la empresa (STS 24-1-1990), como las funciones que se desempeñan en una determinada área estratégica de la misma y que inciden de forma esencial en el funcionamiento de la entidad (SSTS 6-3-1990 y 12-9-1990).

El tercer rasgo se refiere el ejercicio de las funciones que ha de llevarse a cabo con «autonomía y plena responsabilidad». Esto significa que el alto directivo ha de actuar con un alto margen de independencia —lo que no equivale a falta de dependencia jurídico-laboral—, de tal manera que dicha actuación sólo esté limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona u órganos superiores de la entidad, lo que excluye que puede calificarse como alto directivo a quien reciba órdenes de otros órganos delegados de aquellos superiores (STS 17-6-1993).

d") Especialidades del régimen jurídico. La especial confianza que vincula al alto directivo con la empresa explica, asimismo, que la norma reglamentaria reguladora de la relación especial dicte reglas específicas, entre otras, en materia de forma y contenido del contrato, período de prueba, duración o extinción del contrato (por ejemplo, además del despido cabe el desistimiento con preaviso e indemnización por el empleador) y que, asimismo, excluya la posibilidad de que estos trabajadores puedan participar como elector o como elegible en los órganos de representación unitaria regulados en el ET, sin perjuicio de otras formas de representación. Exclusión de la que deriva necesariamente la inaplicación de los convenios o acuerdos colectivos de carácter laboral.

La reforma laboral de 2012 introduce tres reglas singulares en esta relación laboral, con finalidades ejemplarizante y de transparencia en el sector público. Conforme a la primera, se establece, para el personal que preste servicios en el sector público estatal mediante contrato de alta dirección, una indemnización derivada de su extinción por desistimiento del empresario, cualquiera que sea la fecha de su celebración, no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades (Disp. Adic. 8.ªdos.1 LEMURMEL). A tenor de la segunda, se excluye de toda clase de indemnización por la mencionada causa al alto directivo que tenga la condición de funcionario de carrera del Estado, de las CCAA, de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo (Disp. Adic. 8.ªdos.3 LEMURMEL). Al amparo de la tercera regla, se clasifican, de forma exclusiva, las retribuciones de los altos directivos del sector público estatal en básicas y complementarias, definiendo al tiempo la estructura genérica de ambas (Disp. Adic. 8.ªtres.1, 2 y 3 LEMURMEL). Esta última regla se aplica, con efecto retroactivo, a los contratos de alta dirección anteriores al 12 de febrero de 2012, de modo que su contenido debe ser adaptado a la misma en el plazo de dos meses a contar de la indicada fecha. Las referidas a los citados supuestos indemnizatorios se rigen por el LEMURMEL, cualquiera que sea la fecha de celebración del contrato de alta dirección (Disp. Adic. 8.ªcinco LEMURMEL).

Cabe recordar, por último, que esta relación especial es incompatible bien con el desempeño de los cargos de administrador o consejero de sociedades mercantiles, bien con una cualificada participación en el capital social, ya que, en tales casos, se está ante una exclusión declarativa plena de la relación de trabajo asalariada por no existir la mayor parte de los presupuestos jurídicos que la caracterizan [Capítulo 1, I, 1, C)].

b') Personal al servicio del hogar familiar

a") Presupuestos reguladores. El sustrato material básico de esta relación especial descansa en la singularidad del lugar de trabajo (el hogar familiar) y, derivadamente, en la necesidad de que entre las partes del contrato exista la convivencia y la mutua confianza indispensables para que la relación pueda desenvolverse con normalidad y seguridad. Estos presupuestos abastecen la peculiaridad de este tipo de trabajo, que la doctrina constitucional ha considerado como incuestionable (STC 268/1993).

b") Fuentes reguladoras. La relación se rige en primer término por el DEH, que procede al desarrollo del artículo 2.1.*b*) ET en cumplimiento del mandato al Gobierno del Estado para regular esta relación especial con efectos del 1 de diciembre de 2012 (Disp. Adic. 39.ª5 LAAMSS) y que deroga expresamente el RD 1.424/1985. La normativa laboral común se aplica por vía supletoria en cuanto resulte compatible con las peculiaridades de dicha relación, excluyéndose expresamente la aplicación del artículo 33 ET, regulador del FGS [art. 3.*b*) DEH]. Asimismo, se incorporan de modo expreso a los convenios colectivos y a los usos y costumbres locales y profesionales como fuentes de la relación, aunque implícitamente ya lo estaban conforme a la regla general sobre las fuentes de la relación individual de trabajo [art. 3.1.*b*) y *d*) ET].

c") Ámbito subjetivo. El perímetro subjetivo de la relación comprende la concertada entre el titular del hogar familiar, en calidad de empleador, y el empleado que, bajo dependencia y por cuenta del primero, presta sus servicios retribuidos en dicho ámbito (art. 1.2 DEH). A los efectos de esta relación, se considera empleador al titular del hogar familiar, bien lo sea efectivamente, o bien tan sólo como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Singularidad propia de esta relación es el supuesto de que dicha prestación se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia o una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, en cuyo caso asume la condición de titular la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que puede recaer sucesivamente en cada una de ellas (art. 1.3 DEH).

Se excluyen de la relación especial (art. 2 DEH) aquellas otras que, aunque tengan el mismo objeto, se concierten como empleador por una persona jurídica (sometidas a relación laboral común); las relaciones estipuladas a través de ETT; las relaciones de cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o entidades privadas de acuerdo con la LAPAD; las relaciones de los cuidadores no profesionales que atiendan a personas en situación de dependencia en su domicilio, cuando se trate de familiares o de personas del entorno de dichos cuidadores que no estén vinculados a un servicio de atención profesionalizada con arreglo a la LAPAD; las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos si quien los presta no puede calificarse de trabajador asalariado conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3.*e*) ET; las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par» mediante las que se prestan algunos servicios (cuidado de niños, enseñanza de idiomas…) a cambio de manutención, alojamiento o compensación de gastos; así como las que se realicen en paralelo, con cualquier periodicidad, en otros servicios ajenos al hogar familiar y actividades o empresas de cualquier carácter del mismo empleador, al tiempo que se presta el servicio doméstico, en cuyo caso se presume que existe una sola relación laboral común, salvo prueba que acredite el carácter marginal o esporádico de esas otras actividades.

d") Especialidades del régimen jurídico. Las principales peculiaridades del contenido de la relación han venido mostrando con el derogado RD 1.424/1985 que la relación de confianza propia de la misma se traducía en una menor protección del trabajador, lo que, respecto de su extinción, se ha justificado por la acentuada introducción de éste «en el círculo de mayor intimidad de la familia» (STS 27-6-2008). Sin embargo, no todas las relaciones laborales que tienen la confianza como sustrato del vínculo contractual deben recibir el mismo tratamiento normativo. En este sentido, no puede desconocerse que el poder contractual del trabajador es aquí netamente inferior al atribuido al alto cargo en la relación laboral especial que éste concierta con el empleador sobre la misma base de la mutua confianza, de forma que, la diferente cualificación profesional del trabajo doméstico respecto del alto directivo laboral exige una protección reforzada para el primero. El nuevo DEH pretende corregir el insuficiente nivel protector que la norma reglamentaria precedente dispensaba al trabajo doméstico, aunque no siempre lo consigue.

1) Forma.

- Se incorporan con mayor claridad las reglas generales contenidas en el artículo 8, números 1 y 2 ET sobre la forma del contrato de trabajo (art. 5.1, 2 y 3 DEH). Cuando el contrato haya de formalizarse por escrito, habrá de ajustarse al modelo oficial (art. 5.5 DEH). Los empleadores disponen de un año a partir de la fecha de efectos del DEH (el 18-11-2011) para formalizar

por escrito los contratos de trabajo vigentes que, de acuerdo con dicha norma reglamentaria, deban acogerse a esa forma, así como para el cumplimiento de la obligación de informar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (Disp. Trans. 1.ª2 DEH).

- A la información que debe recibir el trabajador del hogar familiar sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de su ejecución, se añaden ciertas especificaciones: las prestaciones salariales en especie cuando se hayan convenido; la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos y, en su caso, el régimen de las pernoctas del empleado en el domicilio familiar en que presta sus servicios (art. 5.4 DEH).

2) *Duración del contrato y período de prueba.*

- Se suprime la anterior regla que presumía concertado este contrato por el plazo de un año, prorrogable tácitamente por períodos anuales, en defecto de pacto escrito, aplicándose ahora las reglas generales del artículo 15.1 ET, de modo que ahora puede concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada (art. 6.1 DEH).
- Se suprime la presunción relativa a la celebración del contrato a prueba durante quince días, estableciéndose ahora el período de prueba, necesariamente acordado, en un máximo de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo (que, por tanto, puede reducirlo o ampliarlo), pudiendo resolverse la relación durante dicho período por cualquiera de las partes con el plazo de preaviso que se pacte, sin que éste pueda exceder de siete días naturales (art. 6.2 DEH).

3) *Derechos y deberes.*

- Se reconocen de forma expresa los derechos y deberes establecidos en los artículos 4 y 5 ET (art. 7.1 DEH). Este reconocimiento genérico precisa de desarrollos reglamentarios que aún no se han producido. En algunos supuestos ello es indispensable para su efectividad. Es el caso, por vía de ejemplo, de los derechos de información, consulta y participación en la empresa [art. 4.1.*g*) ET] o del derecho a una adecuada política de seguridad e higiene [art. 4.2.*d*) ET]. Respecto de este último se produce un limitado avance al establecerse que «El empleador estará obligado a cuidar de que el trabajo del empleado se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado» (art. 7.2 DEH). El avance es insuficiente porque no se concreta el contenido de dichas obligaciones, que tampoco puede ser integrado de forma mimética por la LPRL, pues las peculiaridades de esta relación, en especial de las derivadas del lugar en el que se desenvuelve la prestación de trabajo, exigen una regulación específica en esta materia.

4) *Retribuciones.*

- Se mantiene la posibilidad de percibir una parte del salario en especie (alojamiento, manutención…), sin que el porcentaje de las prestaciones en especie puedan superar el 45 por 100 del salario total (DEH).
- Se suprime el derecho al incremento del salario en metálico en un 3 por 100 cada tres años naturales con un máximo de cinco trienios. Con la nueva regulación, los incrementos salariales deben determinarse por acuerdo de las partes, aplicándose en su defecto un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos (art. 8.3 DEH). La prioridad imperativa del acuerdo individual sobre el convenio colectivo quiebra la ordenación general de las fuentes del contrato de trabajo y muestra, al tiempo, que la expresa incorporación de dicho instrumento convencional a esta relación es, en este punto, más nominal que efectiva.
- Se mantiene el derecho a dos gratificaciones extraordinarias anuales, pero ahora se especifica que su cuantía será la que acuerden las partes en el contrato y que la misma debe garantizar,

en todo caso y como mínimo, el pa-go en metálico de la cuantía del SMI (art. 8.4 DEH). La postergación del convenio colectivo es aquí absoluta y, con ella, la mayor desprotección del trabajador, ya que la cuantía de dichas gratificaciones sólo puede determinarse por acuerdo entre las partes, sin intervención alguna del convenio colectivo, lo que invierte para esta relación la regla general establecida al propósito en el artículo 31.1.º ET.

5) *Tiempo de trabajo.*

- Se equilibra la fijación del horario, que con anterioridad correspondía libremente al titular del hogar familiar en tanto que ahora debe establecerse por acuerdo entre las partes (art. 9.1 DEH).
- Los tiempos de presencia que puedan acordarse entre las partes se limitan en la nueva norma reglamentaria a un máximo de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, debiéndose retribuir con un salario en cuantía no inferior al que corresponda a las horas ordinarias (art. 9.2 DEH).
- El régimen de las horas extraordinarias es el general establecido en el artículo 35 ET, exceptuándose ahora las obligaciones empresariales de registrarlas diariamente, totalizarlas en el período fijado para el abono de la retribución y entregar copia del resumen al trabajador en el recibo del salario (art. 9.3 DEH). La excepción es difícilmente justificable sobre la base del tipo especial de relación, porque precisamente la ausencia de representantes colectivos unitarios del trabajador del hogar familiar hace más necesario el cumplimiento de estas obligaciones, en cuanto comportan elementos probatorios que facilitan posibles reclamaciones por parte del trabajador.
- La ampliación de la excepción de registro de las obligaciones citadas en el apartado anterior a horas ordinarias y a las horas complementarias de la jornada de trabajo en el supuesto de que el contrato se formalice a tiempo parcial (art. 9.3 bis DEH, añadido por la Disp. Final quinta RDL-CESMEN), debe merecer el mismo juicio desfavorable señalado para las horas extraordinarias y por iguales razones.
- El empleado del hogar interno (el que vive en el hogar familiar del empleador) debe disponer de un mínimo de dos horas diarias para las comidas principales, sin que este tiempo pueda computarse como de trabajo (art. 9.4 DEH).
- Se mantiene la posibilidad de fraccionar las vacaciones anuales, cuya duración es la general de treinta días naturales. En defecto de acuerdo entre las partes para fijar el período o períodos de su disfrute, quince días pueden fijarse por el empleador atendiendo a las necesidades familiares (no se consideran otras, por ejemplo, de carácter laboral) y el resto se elegirá libremente por el empleado. En evitación de conductas abusivas, durante las vacaciones el empleado no tiene la obligación de residir en el domicilio familiar o en el lugar a donde se desplace la familia del empleador o alguno de sus miembros (art. 9.7 DEH).

6) *Conservación del contrato.*

- Se mantiene el régimen especial de conservación del contrato en distintos supuestos relativos a la subrogación contractual por cambio de persona del empleador, que sólo procederá cuando exista previo acuerdo entre las partes, presumiéndose éste cuando el empleado siga prestando servicios en el mismo domicilio aunque haya variado la titularidad del hogar familiar; al cambio del hogar familiar por traslado de éste a localidad distinta, aplicándose las mismas reglas del supuesto anterior, si bien puede acordarse la suspensión del contrato cuando el traslado sea temporal; y a la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal del empleado interno, por razón de enfermedad o accidente, en cuyo caso éste tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio familiar en el que presta sus servicios un mínimo de treinta días, excepto que se recomiende su hospitalización por prescripción facultativa (art. 10 DEH).

7) Extinción del contrato.

- Con técnica más adecuada, se remite ahora al artículo 49 ET la extinción del contrato de trabajo, si bien se exceptúan de dicho régimen, como ya se hacía con anterioridad de forma implícita, las causas relativas a la fuerza mayor definitiva, al despido colectivo y al despido por causas objetivas, por considerarse que las mismas no son compatibles con la naturaleza de esta relación, lo que resulta dudoso en el supuesto del artículo 52.*a*) ET (ineptitud inicial o sobrevenida).
- El despido disciplinario debe efectuarse mediante notificación escrita por las causas previstas en el artículo 54.2 ET. Se mantiene la indemnización para este despido, cuando se declare improcedente por la jurisdicción social, en veinte días naturales de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades (inferior por tanto a la establecida en treinta y tres días por el art. 56.1 ET conforme a la LEMURMEL).
- Se mantiene la facultad exorbitante atribuida al empleador para extinguir el contrato por libre desistimiento, al margen del período de prueba y sin necesidad de invocar causa alguna, estableciéndose en la actual regulación la obligación de aquél de comunicar por escrito la decisión al trabajador, haciendo constar, de forma clara e inequívoca, la voluntad extintiva. No varía tampoco la obligación de abonar simultáneamente al trabajador una indemnización de doce días naturales de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades. Se presume que el empleador ha optado por el despido y no por el desistimiento, bien cuando haya incumplido la forma escrita en los referidos términos, bien en el caso de que no haya puesto a disposición del empleado, con carácter simultáneo, la citada indemnización (art. 11.3 DEH). No obstante, como regla especial, el desistimiento del empleador puede tener su causa en el cambio de la persona que asume dicha posición en el contrato por subrogación o en el cambio del hogar familiar debido a traslado. De igual modo, el trabajador puede desistir por estas causas atribuidas al empleador, debiendo comunicar a éste su voluntad extintiva (sin que se exija forma escrita). Cualquiera que sea el sujeto del contrato que desista por tales causas, el trabajador tendrá derecho a la indemnización anteriormente señalada (art. 10.2 DEH).
- Se mantiene la obligación del empleador de conceder un plazo de preaviso de un mínimo de veinte días cuando la prestación de servicios haya superado un año de duración o de siete días en caso contrario. Prosigue, asimismo, el derecho del trabajador a una licencia de seis horas semanales durante el período de preaviso, sin pérdida de su retribución, con la finalidad de buscar nuevo empleo. A voluntad del empleador, tal derecho puede sustituirse por una indemnización, equivalente a los salarios de dicho período, que deben abonarse íntegramente en metálico (art. 11.3 DEH). Ello supone desvirtuar de forma unilateral, y quizá inconveniente para el trabajador, la finalidad para la que se reconoce el derecho a la licencia. El acuerdo entre las partes, con el ejercicio en su defecto del derecho, hubiera sido una solución normativa más equilibrada.

c') Penados en instituciones penitenciarias

a") Presupuestos reguladores. Identificables con el lugar en que se realiza la prestación de trabajo, con la específica situación de privación de libertad del trabajador y con la finalidad anudada a la actividad laboral desarrollada.

b") Fuentes reguladoras. Sus fundamentos normativos reposan en los artículos 25.2 CE (reconoce a los condenados a penas de prisión que estén cumpliéndolas el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social) y 2.1.*c*) ET (declara el carácter especial de su relación laboral), así como en el Capítulo II de la LOGP (contempla las condiciones y modalidades del trabajo de los internos) y en el DTP (regula específicamente la relación laboral especial penitenciaria). En coherencia

con su especialidad, la fuente reguladora primaria de la relación laboral es el DTP. La aplicación de las restantes normas de la legislación laboral sólo procede cuando exista remisión expresa a las mismas desde esa norma reglamentaria o desde la restante normativa de desarrollo (art. 1.4 DTP).

c") Ámbito subjetivo. La relación laboral especial se establece entre los internos que «desarrollan actividades laborales de producción por cuenta ajena en los talleres productivos de los centros penitenciarios» y el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente (art. 2 DTP). Como ya se advirtió, el presupuesto jurídico de la voluntariedad queda desvirtuado en esta relación [Capítulo 1, I, C)].

Excluidas de la relación especial quedan otras modalidades de trabajo u ocupación que los internos pueden realizar, ya se trate de relación laboral en régimen abierto mediante contratación ordinaria con empleadores (sometida a la legislación laboral común), ya se refiera a ocupación no productiva en establecimientos penitenciarios (formación profesional ocupacional, formación académica, prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento…).

d") Especialidades del régimen jurídico. Las más destacables comienzan por su reforzado derecho al trabajo, único supuesto de configuración plena como derecho fundamental exigible, pero, como ya se estudió, degradado por la doctrina constitucional a condición de derecho de aplicación progresiva y, por tanto, supeditado «a los medios de que disponga la administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata» (STC 172/1989, de 19-10). Se afecta así, al tiempo, a la función constitucional del tratamiento penitenciario, dirigida a conseguir la reeducación y reinserción social del recluso, dado que el trabajo prestado mediante esta relación especial aparece como «un elemento fundamental del tratamiento» (art. 26 LOGP).

En el desarrollo de la relación, algunas de las particularidades adolecen de la necesaria objetividad:

- La duración del contrato, configurada como temporal, bien por obra o servicio (art. 7.2 DTP), bien por interinidad (art. 9.3 DTP), lo que excluye la contratación indefinida sin que exista ninguna razón suficiente para ello, pues el contrato de trabajo no es en ningún caso vitalicio y, de modo expreso, podría extinguirse aquí por la excarcelación del trabajador, que es una de las causas de extinción del mismo contempladas en la norma reglamentaria [art. 9.2.*a*) DTP].
- La inaplicación del SMI, considerando la fijación reglamentaria de la estructura del salario en el artículo 15 DTP (STS 5-5-2006). Exclusión que difícilmente puede salvar el carácter imperativo con el que se configura el SMI «para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios» (art. 1 RD 1.795/2010, de 30 de diciembre).
- La inexistencia de indemnización en caso de extinción de la relación contractual, lo que implica, en determinados supuestos, un trato peyorativo infundado respecto de la relación laboral común, tanto para la extinción justificada (por ejemplo, terminación de la obra o servicio, que la legislación laboral ordinaria contempla con indemnización), como respecto de la injustificada (que reduce los efectos de la declaración judicial a la reincorporación del trabajador a su anterior puesto de trabajo y en las mismas condiciones bajo las que se desempeñaba).
- La inexistencia del despido como causa de extinción del contrato de trabajo especial (SSTS 5-5-2000 y 30-10-2000), de donde se sigue no sólo la ya indicada falta de indemnización, sino la imposibilidad de canalizar las extinciones que en la norma reglamentaria aparecen como equivalentes a ciertas clases de despido en el régimen laboral común [ineptitud, falta de adaptación a las modificaciones técnicas realizadas en el puesto de trabajo y fuerza mayor definitiva: art. 10.1.*c*), *f*) y *h*) DTP] por el cauce de las correspondientes modalidades procesales.
- La ausencia de todo reconocimiento de derechos colectivos, que, en determinados casos, carece de justificación. Por ejemplo, el derecho a ciertas formas de actividad sindical (reunión, recepción de información sindical…) o el derecho de huelga, serían susceptibles de ejercicio con las limitaciones y adaptaciones derivadas de la situación penitenciaria, sin que el contenido

del fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria (art. 25.2 CE) hayan de ser necesariamente incompatibles con ese ejercicio condicionado.

d') Menores en centros de internamiento

a") Presupuestos reguladores. Prepuestos de esta singular regulación son el lugar en que se realiza la prestación de trabajo, la específica situación de privación relativa de libertad del trabajador y la finalidad vinculada a la actividad laboral que ha de desarrollarse.

Estos fundamentos presentan un sesgo específico, diferenciado de los que se atribuyen a la relación especial de los penados en instituciones penitenciarias, como lo evidencian las fuentes que rigen la relación laboral especial que ahora se examina.

La privación de libertad es relativa porque se trata precisamente de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, sometidos a la ejecución de medidas de internamiento, graduadas, de menor a mayor intensidad, en regímenes cerrado, semiabierto y abierto, y entre las que figuran actividades laborales, cuya realización por el menor que tenga la edad legalmente establecida (art. 53.1 DRPM) es obligatoria en tanto formen parte de la decisión judicial que las contemple [arts. 1.1 y 7.1.*a*), *b*) y *c*) y 7.4 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores], lo que también aquí desvirtúa el presupuesto jurídico de la voluntariedad de la relación, como ya se señaló en el lugar correspondiente [Capítulo 1, I, C)].

La finalidad vinculada a dichas actividades se guía, entre otros, por el principio que asigna a las medidas de internamiento «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa», en virtud de la prevalencia del «superior interés del menor» en cuanto «elemento determinante… de las medidas que se adopten» (Exposición de Motivos II Ley Orgánica 5/2000).

b") Fuentes reguladoras. Calificada como relación laboral especial por el artículo 39 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento se regula por lo dispuesto en el artículo 53 DRPM.

c") Ámbito de aplicación. Este precepto excluye de la relación la de carácter laboral de los menores internos que se lleve a cabo fuera de los centros de internamiento y sometida a contratación ordinaria con los empleadores, que se regirá por la legislación laboral común (art. 53.3 DRPM).

d") Especialidades del régimen jurídico. El DRPM remite el trabajo productivo que los menores desarrollen al amparo de la relación laboral especial a la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria, aunque estableciendo ciertas especialidades (art. 53.4), que, en su mayoría, no lo son porque se trata de reglas ya recogidas en el ET para el trabajo de los menores en general (prohibición de realizar trabajos nocturnos, horas extraordinarias, jornada que no supere las ocho horas diarias de trabajo efectivo, descanso mínimo de treinta minutos en jornada que exceda de cuatro horas y media y descanso semanal mínimo de dos días ininterrumpidos). La única especialidad real establecida en el DRPM se dirige a reforzar el componente educativo de la actividad laboral especial, señalando como finalidad esencial de la misma la inserción laboral del menor y su incorporación al mercado de trabajo, debiendo complementarse a estos efectos la práctica laboral con cursos de formación profesional ocupacional u otros programas que mejoren dicha inserción (art. 53.5).

e') Deportistas profesionales

a") *Presupuestos reguladores.* El tipo de funciones ejercidas constituye el presupuesto regulador o fundamento material de la relación laboral especial de los deportistas profesionales [art. 2.1.*d*) ET].

b") *Fuentes reguladoras*. Regulada prioritariamente en su norma reglamentaria específica, el DDP, por vía supletoria se aplica el ET y demás normas laborales de índole general en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de dicha relación (art. 21 DDP).

c") Ámbito subjetivo. Los deportistas profesionales sujetos de esta relación son aquellos que con carácter regular y de modo voluntario se dediquen a la práctica del deporte por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución (art. 1.2 DDP), que, aunque la norma no lo diga, es de naturaleza salarial. Se excluyen de la relación especial las personas que se dediquen a la practica de un deporte dentro del ámbito de un club percibiendo únicamente compensación de gastos por la actividad preparatoria o participativa que realicen (aficionados practicantes), los deportistas profesionales que efectúen actuaciones esporádicas para un empresario u organizador de espectáculos públicos (canalizables mediante relación laboral común o de carácter civil), y las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales cuando los primeros se integren en equipos, representaciones o secciones organizados por las segundas (arts. 1, 2, 4 y 6 DDP). De la relación especial se separa el régimen jurídico deportivo (licencias federativas, disciplina del juego, relación de los deportistas con las Federaciones…), regido por normas administrativas propias (Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y RD 1.835/1991, de 20 de diciembre).

d") Especialidades del régimen jurídico. Las peculiaridades más destacables de la relación se refieren a la prohibición jurisprudencialmente declarada de limitar el número de jugadores extranjeros que pueden ser contratados, ya sean comunitarios (STJCE 15-12-1995), ya sean extracomunitarios cuyos países hayan suscrito Acuerdos de Asociación con la UE (SSTJCE 8-5-2003 y 12-4-2005), limitación que contraviene el derecho fundamental a la libre circulación comunitaria de trabajadores; a la duración del contrato (siempre temporal, sin perjuicio de acordar prórrogas asimismo temporales); a la formalización por escrito del contrato; al período de prueba (máximo de tres meses); a la participación en los beneficios derivados de la explotación de la imagen del deportista (regulable por convenio colectivo o pacto individual); al derecho a la ocupación efectiva (que incluye la participación en los entrenamientos y demás actividades instrumentales para el ejercicio de la actividad deportiva, salvo sanción o lesión); a las cesiones temporales del deportista por parte de la entidad deportiva empleadora a otra de este carácter durante la vigencia del contrato, con consentimiento del trabajador y derecho de éste a percibir la cantidad acordada en pacto individual o colectivo si la cesión se ha realizado mediante contraprestación económica; a la no suspensión del contrato por razones de representación sindical, salvo que medie pacto entre el deportista y la entidad; a la extinción del contrato por despido improcedente (derecho a la indemnización pactada cuando no haya readmisión o a la que se fije judicialmente si no existe pacto con un mínimo, en este caso, de dos mensualidades de las retribuciones periódicas y la parte proporcional de los complementos por calidad y cantidad de trabajo) y a la extinción del contrato por voluntad del deportista sin causa imputable a la entidad (derecho, en su caso, a la indemnización pactada y, en ausencia de pacto, a la fijada judicialmente en función de los criterios señalados al efecto en el DDP).

f') Artistas en espectáculos públicos

a") Presupuestos reguladores. El tipo de actividad laboral constituye el presupuesto regulador de la relación calificada como especial [art. 2.1.*e*) ET] y, como consecuencia, el lugar donde aquélla se desenvuelve.

b") Fuentes reguladoras. El DAP como norma reglamentaria de preferente aplicación y, con carácter supletorio, el ET y demás normas laborales no incompatibles con la naturaleza de la relación (art. 12.1 DAP).

c") Ámbito subjetivo. Esta relación especial se establece entre un empresario que actúa como organizador de espectáculos públicos y quienes de modo voluntario presten una actividad artística por cuenta y bajo la organización y dirección de aquél a cambio de una retribución (art. 1.1 DAP) de carácter salarial. La prestación artística tiene un amplio espectro, ya que comprende tanto las desarrolladas ante el público como las destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo (art. 1.3 DAP), quedando, por tanto excluidas las actuaciones artísticas de ámbito privado. Dado el carácter instrumental de

sus servicios, el DAP no se aplica a las relaciones laborales del personal técnico y auxiliar que colaboren en la producción de espectáculos (art. 1.4 DAP), que se regirán por el contrato de trabajo común.

d") Especialidades del régimen jurídico. Las remarcables afectan al período de prueba, suscetible de concertarse en los contratos que superen los diez días, con una duración máxima de cinco días en los contratos de duración no superior a los dos meses, de diez días en los que no excedan de seis meses y de quince días en los restantes); a la duración del contrato, que la jurisprudencia, interpretando el DAP, considera temporal como regla general (SSTS 22-2-1991 y 15-7-2004), criterio que puede deducirse de la práctica pero no, en rigor, de la norma reglamentaria específica, que regula ambas posibilidades de forma indistinta sin establecer por tanto aquella regla a favor de la temporalidad (art. 5 DAP) y sin que dicha regulación pueda contrastarse, como se hace a efectos hermenéuticos desde ese criterio judicial, con el artículo 15.1 ET para concluir que en el mismo se instaura la regla contraria a favor de la indefinición del contrato de trabajo, lo que sin duda es cierto al acotarse en ese precepto estatutario los supuestos excepcionales de la contratación temporal de estructura, dado que éste cumple una función ordenadora genérica de la contratación laboral, que es, sin duda, una función normativamente inaccesible al DAP, con el que, por ello, no admite aquel tipo de interpretación; al derecho a la ocupación efectiva, que, salvo sanción, comprende los ensayos y demás actividades preparatorias para el ejercicio de su trabajo; a la jornada, que, junto a la prestación efectiva de la actividad, incluye el tiempo en que el artista esté bajo las órdenes del empleador en lo que concierne a ensayos o grabación de actuaciones; a la posibilidad de fraccionar el descanso mínimo semanal respetando en todo caso un mínimo de veinticuatro horas, salvo que, mediante pacto individual o colectivo, se acuerde la acumulación por períodos de hasta cuatro semanas; a la extinción preavisada del contrato conforme a una escala temporal graduada atendiendo a la duración del contrato; a la indemnización por fin de contrato cuando éste supere el año y cuya cuantía será la fijada en pacto individual o convenio colectivo o, en su defecto, la es-tablecida reglamentariamente en siete días de salario por año de servicio, y a la indemnización por daños y perjuicios en razón de incumplimiento contractual del empleador que suponga la inejecución total de la prestación artística, regida por lo establecido a este propósito en el Código Civil.

g') Operadores mercantiles asalariados

a") Presupuestos reguladores. El lugar en que se efectúa la prestación laboral se erige en presupuesto regulador básico de esta relación, puesto que la misma ha de realizarse fuera de las instalaciones de la empresa.

b") Fuentes reguladoras. De la calificación estatutaria como relación especial [art. 2.1.*f*) ET] surge la regulación reglamentaria de la misma mediante el DOPM. Esta norma remite expresamente al ET para la regulación de determinados extremos de la relación, tales como el período de prueba (art. 3.3), los permisos retribuidos (art. 4.3) o los derechos y deberes laborales básicos (art. 12). Aunque dicho reglamento no haga mención expresa al respecto, el carácter supletorio de la legislación laboral común, inferible a partir del artículo 1.1 ET, determina la aplicación de la misma a esta relación especial en cuanto sea compatible con su naturaleza.

c") Ámbito subjetivo. La relación especial rige para la persona que se obliga con uno o más empresarios y a cambio de una retribución salarial, «a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo o ventura de tales operaciones. Dicha actividad puede o no ir acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación» (art. 1.1 DOPM). Es indiferente la denominación que se utilice para identificar al operador (representante de comercio, comercial, mediador…), porque lo que cuenta, a efectos calificativos, es la realidad de la prestación de trabajo dependiente con carácter asalariado.

Al margen de esta relación especial quedan distintos supuestos (art. 1.2 DOPM), referidos:

- A la relación laboral común (de los trabajadores de la empresa que realizan las mismas funciones de operación mercantil en lo locales de la misma o teniendo en ellos su puesto de trabajo y estando sujetos, en ambos casos, al horario laboral de la empresa).
- A la condición de empresario de quien efectúa dichas funciones (titular de una organización empresarial autónoma que, por tanto, cuenta con instalaciones y personal propio).
- A las personas físicas que intervienen en la actividad de producción de seguros (regidas por la Ley 26/2006, de 17 de julio).
- A las personas físicas excluidas del ámbito de aplicación personal del ET, que quedan personalmente obligadas a responder del buen fin de la operación, y asumen el riesgo y ventura de la misma artículo 1.3.*f*) ET [Capítulo 1, I, 1, C)], de forma que en este caso no existe ni la dependencia ni la ajenidad propias del trabajo asalariado.

d") Especialidades del régimen jurídico. Relieve singular tienen las relativas a la formalización escrita del contrato con la exigencia de determinadas especificaciones que pretenden asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, dado que el trabajo se realiza en ámbitos externos a las instalaciones de la empresa (posibilidad de concertar o no operaciones en nombre del empresario, obligación o no de prestación en exclusiva para éste, delimitación de la zona, demarcación o categoría de clientes…); a la duración del contrato (presunción de su carácter indefinido si no se pacta una duración determinada); a la jornada de trabajo (inexistencia de sujeción a jornada u horario de trabajo, salvo que otra cosa se pacte individual o colectivamente); al derecho al reconocimiento de la clientela obtenida en virtud de su trabajo; a la prohibición de que ninguna de las partes varíe de modo unilateral la zona, demarcación o relación de clientes asignados en el contrato; a la responsabilidad por culpa o negligencia del trabajador derivada de la pérdida de los instrumentos de trabajo (muestrario, vehículo…); al salario, que puede consistir en cantidad fija, a comisión (con respeto en todo caso al SMI aunque la norma reglamentaria guarde silencio), o en una combinación de ambas; a la extinción del contrato por dimisión del trabajador (obligación de preavisar con tres meses de antelación) y al derecho del trabajador a una indemnización especial, distinta a la que pueda corresponder por despido improcedente, en consideración al incremento de clientela que haya conseguido (indemnización condicionada a que la extinción del contrato no se produzca por incumplimiento de sus obligaciones y al previo pacto de no competencia con su empresario a fin de mantener el valor de la clientela).

h') Trabajadores discapacitados en Centros Especiales de Empleo

a") Presupuestos reguladores. La cualidad de las personas que prestan el trabajo y el lugar en el que éste se realiza constituyen las bases materiales de la relación. De ellas deriva su finalidad, orientada a favorecer, mediante el trabajo, la adaptación personal y social de ciertos trabajadores discapacitados, así como, en la normativa anterior, su posterior integración en el mercado ordinario de trabajo (art. 6.1 DMCEE), pero que en la vigente se configura como un mecanismo de integración laboral en el régimen ordinario de trabajo a través de los Centros Especiales de Empleo, sin tener que recurrir a los enclaves laborales como fórmula transitoria de acceso a este régimen ordinario (arts. 43.1 y 46 LEGEDIS).

b") Fuentes reguladoras. Calificada inicialmente como relación laboral especial por el artículo 41.1 de la derogada LISM en el cuadro de sus medidas de integración laboral, la calificación se confirma ahora por la vigente LEGEDIS (art. 43.3), que recibe su fundamento normativo primario del artículo 49 CE. La relación se incorpora en su momento a la norma estatutaria [art. 2.1.*g*) ET] y es objeto de desarrollo en el DMCEE, disposiciones laborales específicas a las que remite expresamente el artículo 43.3 LEGEDIS. La legislación laboral común es asimismo aplicable a esta relación especial, bien por remisión expresa de la norma reglamentaria, bien por vía supletoria y con el debido acomodo a la naturaleza de la relación.

c") Ámbito subjetivo. Hay que tener en cuenta, como cuestión previa, que si bien tanto en el art. 2,1, g) ET como en el DMCEE se utiliza el término «minusválidos», excepto en el artículo 49 CE en el que

se alude a los «disminuidos», debe emplearse la denominación «personas con discapacidad» (o discapacitados en razón de su equivalencia), no sólo porque sea la más adecuada desde un prisma social, sino también porque en la actualidad es la jurídicamente correcta, puesto que, a partir del 1 de enero de 2007, las referencias en «los textos normativos» a «minusválidos» y «a personas con minusvalía» han de entenderse realizadas a «personas con discapacidad» (Disp. Adic. 8.ª y Disp. Final 9.ª LAPAD), al margen por tanto del rango de la norma que contenga aquellos términos y con la excepción del mencionado artículo 49 CE, pues el rango superior del texto constitucional impide su modificación por la LAPAD.

La relación laboral especial de los discapacitados incluye a aquellos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo y tengan reconocida una discapacidad igual o superior al 33 por 100, con la consecuente disminución de su capacidad de trabajo en ese mismo porcentaje y en comparación con trabajadores de su misma cualificación profesional (conforme a los baremos contemplados en el RD 1.971/1999, de 23 de diciembre). Se aplica asimismo esta regulación especial en el supuesto de que el trabajador discapacitado preste sus servicios en una empresa colaboradora como consecuencia de un contrato de enclave laboral, que es una medida alternativa a la cuota de reserva introducida para esta clase de trabajadores [Capítulo 8, II, 1, A)]. No están comprendidas en este ámbito subjetivo las relaciones laborales establecidas entre dichos Centros y el personal no discapacitado que preste servicios en ellos, así como las de aquellos trabajadores discapacitados que los presten en otro tipo de empresas (art. 1 DMCEE).

d") Especialidades del régimen jurídico. Entre las más notables se alinean las referidas al objeto de contrato (que debe adecuarse a las características individuales del trabajador para favorecer las mencionadas adaptación personal, social y, si es factible, la posterior integración en el mercado ordinario de trabajo); a las modalidades del contrato, que, si bien puede concertarse con arreglo a cualquiera de las previstas en el ET, presenta peculiaridades respecto del contrato para la formación (posibilidad de ampliar su duración máxima previo informe favorable del EVO, informe favorable de este órgano para los contenidos formativos o tiempo de formación indeterminado para ciertos discapacitados psíquicos) y del contrato a distancia (excluido para discapacitados psíquicos y necesitado de informe previo y seguimiento posterior por el EVO sobre la adecuación del contrato a las características del trabajador); a la posibilidad de pactar en el contrato un período de adaptación al trabajo que, al tiempo, será considerado período de prueba con la duración que establezca el convenio colectivo y sin que pueda exceder de seis meses; al salario (prohibición de establecer incentivos salariales por rendimiento que, a juicio del EVO, comporten un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral); posibilidad de celebrar el contrato a bajo rendimiento cuando éste sea inferior al normal en un 25 por 100, previa constancia por el EVO, y con disminución del salario en ese mismo porcentaje; al tiempo de trabajo (prohibición de realizar horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir o reparar daños fuera de lo común, derecho a ausentarse del trabajo para asistir a tratamiento de rehabilitación y participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a retribución siempre que no se sobrepasen los diez días por semestre); o a la extinción del contrato (la ineptitud del trabajador, su falta de adaptación a las modificaciones técnicas incorporadas a su puesto de trabajo o la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo debe ser constatada previamente por el EVO).

i') Estibadores portuarios

a") Presupuestos reguladores. El tipo de funciones encomendadas es el presupuesto básico de la relación, al que se aparejan, en paralelo, la cualificación exigida y el lugar de la prestación. A todos ellos debe sumarse un presupuesto relativo a la singularidad del empleador disociado en cuanto sujeto dual de dicha relación [Capítulo 5, II, 1, B)].

b") Fuentes reguladoras. La relación se declara expresamente como especial por el artículo 2.1.*h*) ET. Su regulación básica se aborda en los artículos 149 y 150 a 154, inclusives, del RDLEG-PUEM y, por

vía complementaria, en la normativa laboral común, aplicables uno y otra en cuanto no se opongan a lo dispuesto en dichos preceptos (disposición derogatoria única RDLEG-PUEM).

c") Ámbito subjetivo. La relación laboral especial se establece entre las sociedades anónimas públicas de gestión de los estibadores portuarios y los trabajadores contratados por éstas para desarrollar las actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba de buques en las empresas portuarias. Extramuros de este ámbito subjetivo queda el personal contratado por dichas sociedades para realizar actividades que no integren el contenido del servicio portuario de manipulación de mercancías, así como la relación laboral común que dicho personal establezca directamente con las empresas titulares de licencias de servicio portuario de manipulación de mercancias (art. 149 RDLEG-PUEM).

d") Especialidades del régimen jurídico. Las especialidades relevantes derivan de la sujeción del trabajador a los poderes del empleador disociado. Entre ellas deben señalarse las relativas al acceso al empleo, en cuya virtud la sociedad anónima pública contrata a los trabajadores siempre por tiempo indefinido y mediante esta relación laboral especial, poniéndolos a disposición de las empresas portuarias, que, no obstante, deben realizar prioritariamente ofertas de empleo a dichos trabajadores y formalizar con los seleccionados contratos de trabajo de régimen laboral común y carácter temporal, salvo en los supuestos de inexistencia, inadecuación, insuficiencia de trabajadores o rechazo de las ofertas recibidas, en cuyo caso pueden contratar libremente a otros que reúnan los necesarios requisitos de cualificación; a las obligaciones salariales y de Seguridad Social (cuyo cumplimiento corresponde a la sociedad anónima pública); a las facultades de dirección y control de la actividad laboral (que son ejercidas por la empresa portuaria); a la formación profesional de los trabajadores (para cuya efectividad la sociedad anónima debe destinar anualmente un mínimo del 1 por 100 de su masa salarial); a la seguridad y salud laboral, tiempo de trabajo y movilidad funcional (materias de las que es responsable la empresa portuaria); a la facultad disciplinaria (que ejerce la sociedad anónima previa comunicación a ésta por la empresaria portuaria de los incumplimientos contractuales de los trabajadores puestos a disposición); a la suspensión del contrato de trabajo especial e indefinido con la sociedad anónima (cuando se formaliza con la empresa portuaria contrato de trabajo de régimen laboral común y duración determinada, salvo que éste lo sea a tiempo parcial, en cuyo caso el contrato por tiempo indefinido mantendrá esa misma duración pero la relación laboral especial a tiempo completo con la sociedad anónima quedará novada en la modalidad a tiempo parcial); y a la extinción del contrato especial con la sociedad anónima cuando el trabajador rechace reiteradamente las ofertas de empleo adecuadas a su categoría profesional que realicen las empresas portuarias).

j') Residentes sanitarios en formación

a") Presupuestos reguladores. El principal se centra en las funciones desempeñadas y, derivadamente, en la cualificación del trabajador y en el lugar en el que se prestan los servicios.

b") Fuentes reguladoras. Al amparo del artículo 2.*i*) ET, la relación laboral especial de residencia se declara como tal en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (Disp. Adic. 1.ª1), regulándose en el RDRE. Con carácter supletorio actúa el ET y la restante legislación laboral que resulte aplicable (art. 1.4 RDRE). Aunque en ocasiones tengan cierta conexión, quedan estrictamente al margen de la relación laboral especial las normas de carácter administrativo reguladoras de las profesiones sanitarias.

c") Ámbito subjetivo. La relación especial se establece con los titulados universitarios que, previa superación de las correspondientes pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en los centros públicos o privados acreditados para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud (Disp. Adic. 1.ª1 Ley 44/2003 y art. 1.1, 2 y 3 RDRE).

d") Especialidades del régimen jurídico. La finalidad formativa, esencial en este contrato, impregna sus singularidades, entre las que despuntan las relativas al contenido mínimo del contrato escrito (en el que debe constar la unidad docente en la que se desarrollará en programa formativo o la posible rotación por

más de un centro); a la duración del contrato (inicial de un año y renovable por períodos anuales según la duración del programa formativo, siempre que, al concluir cada anualidad, el residente haya obtenido evaluación positiva, si bien existe la posibilidad de prórroga mediante un plan de recuperación específica aunque la evaluación sea negativa); al tiempo de trabajo (jornada necesariamente a tiempo completo, descanso mínimo continuado de doce horas cuando se hayan realizado veinticuatro horas de trabajo ininterrumpido, fijación de las vacaciones anuales retribuidas y de las fiestas laborales atendiendo al cumplimiento de los programas de docencia y a las necesidades asistenciales); a las retribuciones (complemento de grado de formación según nivel de conocimientos y progresiva adquisición de responsabilidades); a la suspensión del contrato (no se aplican las causas del ET relativas al mutuo acuerdo de las partes y a las consignadas en el contrato); a las excedencias (no se aplica la excedencia voluntaria prevista en el ET); y a la extinción del contrato (singulares causas remarcables son haber obtenido una evaluación anual positiva en el último año de formación y, por tanto, finalizado el programa de la especialidad, así como haber obtenido una evaluación anual negativa, sin que en ambos casos proceda indemnización por fin de contrato).

k') Abogados en despachos de profesionales

a") Presupuestos reguladores. El tipo de actividad laboral ejercido y la cualificación profesional de quienes la ejercen son, de forma conjunta, los dos presupuestos básicos sobre los que se construye esta relación especial.

b") Fuentes reguladoras. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.*i*) ET, la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, considera esta relación laboral de carácter especial (Disp. Adic. 1.ª1), que es objeto de desarrollo en el RDA. Asimismo, la relación se rige por los convenios colectivos específicos para su exclusiva aplicación a los despachos de abogados, por el contrato de trabajo (que ha de respetar lo dispuesto en el RDA y en los citados convenios) y por los usos y costumbres profesionales (art. 2 RDA). Como Derecho supletorio operan tanto el ET como las restantes normas laborales de aplicación general en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza y características especiales de la relación (Disp. Adic. 4.ª RDA).

c") Ámbito subjetivo. Quedan comprendidos en la relación los abogados que prestan servicios asalariados por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo. La subordinación jurídico-laboral es compatible con la libertad e independencia reconocidas en las leyes o en las normas éticas o deontológicas aplicables para el ejercicio de la actividad profesional de la abogacía. Se excluyen de este ámbito subjetivo los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, de forma individual o asociada, así como las colaboraciones concertadas entre abogados con mantenimiento de la independencia de los respectivos despachos (Disp. Adic. 1.ª1 Ley 22/2005 y art. 1 RDA).

d") Especialidades del régimen jurídico. La actividad laboral de la abogacía modula determinadas reglas del régimen jurídico de esta relación. Algunas de las más significativas atañen a los derechos y deberes del trabajador (derecho a actuar conforme a los principios, valores, obligaciones y responsabilidades que imponen las normas que rigen el ejercicio de la abogacía, incluidas las éticas y deontológicas y derecho a incumplir las órdenes e instrucciones del titular del despacho cuando contravengan dichas normas); a su formación y capacitación profesional (que debe completar y perfeccionar siguiendo las directrices del empleador); al contrato de trabajo en prácticas que pueda formalizarse (en todo caso se transforma en indefinido manteniéndose la misma relación especial, si el abogado continúa prestando servicios una vez agotada la duración máxima del que haya formalizado con el titular del despacho); al pacto de exclusividad (es compatible con la prestación de servicios de asistencia letrada y defensa jurídica del turno de oficio o con la que afecte a sus familiares por consaguinidad o afinidad hasta el segundo grado, así como por adopción); al tiempo de trabajo (pueden establecerse fechas distintas de disfrute para los descansos, vacaciones, fiestas y permisos atendiendo al carácter perentorio o improrrogable de plazos y otras actuaciones profesionales); a la excedencia voluntaria (pérdida del derecho al reingreso si durante su disfrute

ejerce la profesión en otro despacho sin autorización del titular del despacho con el que tiene concertada la relación laboral especial); a la extinción por voluntad del titular del despacho (en los supuestos de que bien exista una manifiesta y grave quiebra de confianza entre el abogado y el titular del despacho originada en la actuación profesional del primero o en su relación con los clientes, lo que debe ser acreditado por el segundo, o bien cuando se acredite por dicho titular que el abogado no mantiene un nivel profesional adecuado, debiéndose conceder a éste en ambos casos un preaviso mínimo de cuarenta y cinco días), o a la extinción por voluntad del abogado (que, sin alegar causa, requiere un preaviso mínimo de cuarenta y cinco días y máximo de tres meses, así como el cumplimiento del deber de informar al titular del despacho sobre la situación de los asuntos encomendados).

En las dos extinciones que acaban de reseñarse existe una asimetría reguladora, pues en tanto para el supuesto de que el abogado incumpla el plazo de preaviso cuando extinga por su voluntad el contrato se reconoce al titular del despacho el derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios si de ello se derivan perjuicios para el despacho, tal derecho no aparece reconocido al abogado en el caso de que sea el titular del despacho el que ponga fin al contrato por su voluntad cuando existan las causas anteriormente citadas que le facultan para ello. Pese al silencio legal, no es dudoso, sin embargo, que en este último caso el abogado puede exigir el resarcimiento que proceda al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 CC.

b) Relaciones laborales de carácter especial sin expresa declaración normativa

No siempre atribuye el legislador de modo expreso carácter especial a ciertas relaciones laborales, aunque cumplan las exigencias derivadas de los presupuestos fácticos que, conforme se infiere de la doctrina constitucional, justifican su específica regulación, parcialmente desgajada de la relación laboral común. La ausencia de esa atribución tiene distinto alcance para las relaciones de carácter especial que materialmente pueden encuadrarse en este grupo.

a') Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares

a") Presupuestos reguladores. Se identifican con lugar en el que se cumplen las funciones asignadas, estando el lugar necesariamente vinculado a la clase de empleador para el que se presta el trabajo, esto es, a la Administración militar.

b") Fuentes reguladoras. Sin calificarla expresamente como relación laboral de carácter especial como hizo en su momento la LRL [art. 3.1.*h*)], el ET, en su redacción inicial de 1980, encomendó al Gobierno la regulación del trabajo del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (Disp. Final 7.ª). El mandato fue cumplido mediante el RDPCEM, norma reglamentaria que introdujo una amplia gama de singularidades en el régimen jurídico de dicha relación, lo que permite conceptuarla materialmente como relación laboral de carácter especial, aunque, como seguidamente ha de verse, una parte de sus reglas singulares carezca de la justificación objetiva exigible. Junto a esta norma reglamentaria, rigen los convenios colectivos de aplicación a este personal (el vigente convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa, Resolución de 23-6-1992, sucesivamente prorrogado, suplementa meliorativamente distintos aspectos de la regulación reglamentaria) y, aunque el RDPCEM guarde silencio al respecto, por vía supletoria en cuanto sea compatible con esta relación, rigen el ET y la restante legislación laboral común.

c") Ámbito subjetivo. La relación de trabajo se establece entre el personal laboral al servicio de las Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes de la Administración Militar, así como el perteneciente a Organismos autónomos encuadrados en el Ministerio de Defensa, con la salvedad del personal laboral que realice su prestación de trabajo para el Servicio Militar de Construcciones, que se regirá por determinadas normas del RDPCEM y en lo restante por la normativa de las industrias de la construcción y obras públicas. Por lo que se refiere a las exclusiones del ámbito subjetivo, el RDPCEM establece dos grupos diferenciables. Por una parte, las empresas nacionales, industrias militarizadas o movilizadas y las

empresas que presten servicios para los ejércitos. Por otra, los funcionarios, civiles o militares (en activo, jubilados, asimilados u honoríficos), que presten servicios a dicha Administración, así como quienes presten servicios para la misma en calidad de profesionales libres (arts. 1 y 2 RDPCEM).

d") Especialidades del régimen jurídico. La clase de empleador impregna en esta relación la singularidad de su régimen jurídico, lo que se refleja en el principio general del «interés superior de la defensa nacional» que rige los derechos y deberes laborales básicos de los trabajadores asalariados sometidos a la misma (art. 3 RDPCEM). Algunas de estas singularidades encuentran justificación objetiva en ese principio, aunque, en ciertos casos, su contenido comporta un peligroso grado de indeterminación. Entre tales singularidades pueden señalarse las relativas a la admisión al trabajo (necesidad de poseer la nacionalidad española, no haber sufrido sanción penal, administrativa o de otra índole que se considere incompatible con la función a desempeñar); al régimen disciplinario (se consideran faltas muy graves la realización de actividades sindicales referidas al ejercicio o divulgación de opciones concretas de sindicatos dentro de los recintos militares); a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador (despido por razones de seguridad militar, distinto del despido disciplinario); al ejercicio del derecho individual a la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares (prohibición de ejercerlo, si bien su ejercicio es factible cuando se trate de establecimientos militares de uso civil, por ejemplo un hospital militar, en los que no está comprometida la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas: STC 101/1991); a la representación colectiva de los trabajadores (el ejercicio de las facultades de los delegados de personal y comités provinciales queda supeditado a la eficacia operativa del establecimiento militar); a los derechos de sindicación y huelga (reconocimiento implícito y remisión a la normativa específica que ha de regularlos atendiendo al superior interés de la defensa nacional, normativa no dictada hasta el momento, sin que el DLRT sea aplicable en materia de huelga, lo que no significa imposibilidad absoluta de ejercer tales derechos con sujeción a dicho interés).

Sin embargo, ciertas especialidades incorporadas al RDPCEM, con independencia de que favorezcan o no al trabajador, carecen de justificación desde la perspectiva del referido principio general, bien porque no guardan relación alguna con el mismo, bien porque, aun guardándola, no se establece el necesario equilibrio de intereses que el contrato de trabajo debe salvaguardar. De este modo, el RDPCEM excede en determinados extremos el mandato conferido por el ET en su versión inicial (Disp. Final 7.ª), puesto que el mismo se ceñía a compatibilizar las disposiciones de ese texto estatutario con el citado interés de la defensa nacional.

Entre estas otras especialidades destacan las referidas al período de prueba (obligada sujeción al mismo sin necesidad de pacto, con duración máxima según categoría profesional); a la movilidad funcional (duración máxima de doce meses en la realización de funciones de categoría inferior); a la movilidad geográfica (los traslados y los desplazamientos pueden decidirse por necesidades del servicio sin que el reglamento especifique causas, si bien cuando el traslado no afecte a toda la plantilla se tendrán en cuenta factores tales como la antigüedad, la edad o la situación familiar); a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (se considera renuncia en el trabajo las faltas de asistencia ininterrumpidas o injustificadas de seis o más días laborables de duración); a la negociación colectiva (calificada por la norma reglamentaria como negociación a secas, únicamente el comité general de establecimiento está facultado para solicitar su inicio al órgano competente de la Administración militar, la negociación sólo es admisible cuando las condiciones de empleo sean inferiores a las alcanzadas en términos equivalentes por los trabajadores de la esfera civil…); al derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (no se reconoce expresamente, existiendo a este respecto la posibilidad de que el personal laboral inste peticiones colectivas respecto de las condiciones de empleo y del ámbito de sus relaciones socioprofesionales con la Administración Militar); a la resolución de los conflictos de intereses (constitución de un Tribunal arbitral compuesto por representantes de distintos Ministerios y del comité general de trabajadores y facultado para dictar laudos sobre todas las cuestiones que se le planteen en materia de personal); a la resolución de conflictos jurídicos (la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las resoluciones firmes de la Administra-

ción militar cuando las dicte con el carácter de autoridad laboral, en tanto que la jurisdicción social es competente para conocer de las que agoten la vía administrativa en materia laboral) y a la ejecución de sentencias firmes de la jurisdicción social de contenido no estrictamente económico (se reconoce al Ministerio de Defensa la facultad exorbitante de decidir la inejecución de las mismas sin necesidad de motivar la decisión y, sin que respecto de tal decisión quepa recurso alguno, cuando dicho órgano considere que su cumplimiento resulte perjudicial o inconveniente para el interés de la defensa nacional, facultad que pugna abiertamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva).

b') Profesores de religión en centros públicos de enseñanza

a") Presupuestos reguladores. El presupuesto sustancial viene dado en esta relación por el tipo de funciones desempeñadas, que se concreta en la enseñanza de alguna de las religiones legalmente reconocidas por el Estado en nuestro ordenamiento a efectos de su práctica en ese ámbito estatal.

b") Fuentes reguladoras. El artículo 2 DPR contiene su simple enumeración, sin precisar su ordenación jerárquica. Con carácter preferente se han de aplicar a esta relación el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Iglesia Católica y el Estado Español el 3 de enero de 1979 (en particular sus arts. III y VI), así como los Acuerdos de Cooperación suscritos por éste con otras confesiones, habida cuenta del rango de tratados internacionales de tales Acuerdos. La Disposición Adicional 3.ª2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, somete la prestación de servicios de los profesores de religión en centros públicos a contratación laboral con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, sin calificarla como relación especial, calificación que tampoco utiliza el DPR al regular específicamente dicha contratación. Esta abstención no ha impedido a la jurisprudencia señalar la condición de «relación laboral objetivamente especial» de la que ahora se estudia (STS 7-7-2000). Por último, el ET rige con carácter supletorio respecto a lo dispuesto en el DPR, atendiendo a su carácter de legislación laboral común y en cuanto sea compatible con esta especial.

c") Ámbito subjetivo. La relación laboral se establece con los profesores de religión que no tengan la condición de funcionarios docentes e impartan la enseñanza de las referidas religiones en centros públicos con los mismos requisitos de titulación exigibles a los funcionarios docentes no uni-ver-sitarios.

d") Especialidades del régimen jurídico. Confieren un peculiar contenido a la relación las relativas al requisito de idoneidad del candidato (la confesión religiosa ha de proponer a la persona que deba impartir la enseñanza y que haya obtenido la declaración eclesiástica de idoneidad o certificación equivalente), correspondiendo a la Administración educativa, estatal o autonómica, efectuar su contratación, en régimen laboral, entre las personas propuestas, salvo que se trate de sustituir al titular del puesto en cuyo caso el contrato de trabajo a utilizar será el de interinidad, lo que configura un supuesto de empleador disociado [Capítulo 5, II, 1, B)]; a la duración del contrato (necesariamente por tiempo indefinido); al ejercicio del poder organizativo (corresponde determinar a la jerarquía eclesiástica los contenidos de la enseñanza y formación religiosa, así como la propuesta de los libros de texto y material didáctico de la misma); a su modificación (con anterioridad al comienzo del curso deben incluirse las que se produzcan en el contrato) y a su extinción (por revocación ajustada a Derecho de la idoneidad para impartir la enseñanza por parte de la confesión religiosa que la otorgó). En este último supuesto extintivo es preciso subrayar que en dicho ajuste a Derecho ha de tenerse en cuenta que la declaración de idoneidad o su revocación no pueden adoptarse desconociendo los derechos fundamentales del trabajador, tal como ha señalado la doctrina constitucional (SSTC 38/2007 y 128/2007).

c') Personal investigador de régimen laboral en instituciones públicas

a") Presupuestos reguladores. El tipo de funciones objeto de la prestación laboral constituye también en esta relación presupuesto regulador esencial. Esas funciones, que exigen poseer en cada caso la titulación establecida, consisten en el desempeño de «una actividad investigadora, entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los rela-

tivos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación» (art. 13.1 LECITI).

b") Fuentes reguladoras. A este respecto, debe trazarse una triple distinción. En primer lugar, el régimen jurídico aplicable a la relación laboral especial de este personal, que se regirá por lo dispuesto en la LECITI, en el ET y sus normas de desarrollo y en los convenios colectivos de aplicación. A ello han de añadirse los preceptos de la LBEP que resulten aplicables, dada la condición de empleados públicos de estos trabajadores (art. 13.4 LECITI). En segundo término, el régimen jurídico aplicable a las especificas modalidades de contrato de trabajo reguladas para este personal en la LECITI, que será el establecido en esta disposición y en sus normas de desarrollo, aplicándose en su defecto lo dispuesto en el ET y en sus correspondientes normas de desarrollo (art. 20.1 LECITI). Y en tercer lugar, el régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades públicas (incluyendo, por tanto, al contratado en régimen laboral), que habrá de regirse por lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2001 y su normativa de desarrollo, en el real decreto que apruebe el estatuto del personal docente e investigador universitario, en los estatutos de las Universidades, en las disposiciones que dicten las CCAA en virtud de sus competencias, en la LBEP y en el ET (art. 13.5 LECITI).

Sintetizando esta abigarrada y compleja enumeración de las fuentes aplicables al personal investigador de carácter laboral los criterios generales que parecen guiar su ordenación, puede afirmarse, en suma, que las disposiciones de carácter admistrativo invocadas son de aplicación preferente a la relación laboral del personal investigador en cuanto ley especial (a su vez, con prioridades aplicativas entre algunas de ellas) respecto de la normativa laboral aplicable, debiendo darse prioridad a esta última en aquellas materias o aspectos no regulados por las normas administrativas invocadas.

c") Ámbito subjetivo. La relación de trabajo se traba entre el personal investigador de carácter laboral y los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas y las Universidades públicas, siempre que éstas perciban fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i (art. 20.2 LECITI).

d") Especialidades del régimen jurídico. Las singularidades del mismo pueden acomodarse a una doble distinción.

— *Relativas al contenido general de la prestación.* Se refieren básicamente a los derechos y deberes que la LECITI regula para el personal investigador que preste sus servicios en las instituciones públicas que acaban de señalarse (arts. 14 y 15 LECITI), con relación de trabajo común o especial, y que son compatibles con otros derechos que les sean aplicables.

Los derechos contemplados en la LECITI se identifican, de forma señalada, con el favorecimiento y estímulo de la actividad investigadora de dicho personal (derecho a contar con los medios e instalaciones adecuados para el desarrollo de sus funciones, al desarrollo profesional mediante el acceso a medidas de formación continua para el desarrollo de sus capacidades y competencias, o a la movilidad geográfica, intersectorial e interdisciplinaria, para reforzar los conocimientos científicos y el desarrollo profesional), con la defensa de los derechos de autor (derecho a ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe), así como con el derecho al respeto al principio de igualdad de género en el desempeño de sus funciones investigadoras, en la contratación de personal y en el desarrollo de su carrera profesional.

Los deberes que para dicho personal regula la LECITI se dirigen, en esencia, al correcto desarrollo de la actividad investigadora (por ejemplo, el deber de observar las prácticas éticas reconocidas y los principios éticos correspondientes a sus disciplinas, así como las normas éticas recogidas en los diversos códigos deontológicos aplicables), así como a la salvaguarda del buen fin de la misma (por ejemplo, el deber de poner en conocimiento de las entidades para las que presta servicios todos los hallazgos, descubrimientos y resultados susceptibles de protección jurídica, y colaborar en los procesos de protección y de transferencia de los resultados de sus investigaciones).

— *Relativas a las modalidades contractuales*. Además de las modalidades de contratación laboral previstas en el ET que este personal puede concertar, la LECITI prevé para el mismo tres «modalidades específicas de contrato de de trabajo» (art. 20.1). Conforme a lo criterios taxonómicos utilizados en este capítulo y epígrafe, no debe perderse de vista que que la denominación utilizadada por esta norma obedece realmente a otras tantas relaciones laborales de carácter especial, habida cuenta de que la regulación de cada de una ellas afecta a su entero ciclo vital, aunque lo haga con distinto alcance en cada caso.

Para la primera de estas relaciones laborales se utiliza el rubro de «contrato predoctoral» (art. 21 LECITI), cuyo objeto es «la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del Título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS (European Credit Transfer System) o master universitario, o equivalente». El contrato, que ha de celebrarse por escrito, con dedicación a tiempo completo y una duración determinada (un año prorrogable por períodos anuales, previo informe favorable, y con un máximo de cuatro años, salvo cuando se contrate a persona con discapacidad, en cuto caso podrá alcanzar un máximo de seis años). A diferencia del régimen laboral común, las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, suspenderán el cómputo de la duración del contrato. La retribución no puede ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer añoy al 75 por 100 durante el cuarto año. Aunque se trate de personal en formación, la retribución tampoco podrá ser inferior al SMI que se establezca cada año.

En la segunda modalidad se incribe el «contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación», utilizado para aquellos que estén en posesión del Título de Doctor o equivalente (art. 22 LECITI), sin que sean de aplicación los límites de cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, desde la terminacion de los correspondientes estudios, a que se refiere el artículo 11.1 ET al regular el contrato de trabajo en prácticas. Su objeto estriba, de modo principal, en la realización de tareas de investigación, orientadas a la obtención de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de la experiencia profesional. De forma complementaria, se podrá colaborar en tareas docentes relacionadas con la actividad de investigación propuesta, hasta un máximo de 80 horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. La duración del contrato no puede ser inferior a un año ni exceder de cinco. Si se concierta por una duración inferior a cinco años podrá prorrogarse sucesivacemente, no pudiendo tener cada prórroga una duración inferior al año. Las mismas situaciones referidas para el contrato predoctoral suspenden en éste el cómputo de su duración. La retribución de este contrato no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice actividades análogas. En lo que no prevea para este contrato el artículo 22 LECITI se aplicará supletoriamente el artículo 11.1 ET.

La tercera de las modalidades recibe la denominación de «contrato de investigador distinguido» y puede celebrarse con investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico, que se encuentren en posesión del título de doctor o equivalente, con arreglo a los requisitos que la ley establece (art. 23 LECITI). El objeto del contrato será la realización de actividades de investigación o la dirección de equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, en el marco de las funciones y objetivos del empleador. La autonomía de la voluntad es mucho más amplia en este contrato que en los dos anteriores, puesto que su duración, así como la duración de la jornada laboral, los horarios, fiestas, permisos y vacaciones serán los acordados por las partes. En principio, la formalización de este contrato es incompatible con la celebración coetánea de contratos de trabajo con otras entidades, salvo autorización expresa del empleador o pacto escrito en contrario, y sin perjuicio del respeto a la normativa sobre incompatibilidades del personal. La extinción del contrato puede producirse por desistimiento del

empleador, comunicado por escrito con un preaviso de tres meses, al margen de las posibilidades de rescisión del contrato por parte del empleador por causas procedentes. En el supuesto de incumplimiento total o parcial del preaviso, el personal investigador contratado tiene derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. En caso de desistimiento del empleador, dicho personal tiene derecho a percibir la indemnización prevista para el despido improcedente en el artículo 56 ET, sin perjuicio de la que pudiera corresponderle por incumplimiento total o parcial del preaviso.

3. Contratos de trabajo de especialidad limitada

Como ya se apuntó, esta tipología comprende aquellas clases o modalidades del contrato de trabajo que regulan aspectos concretos de su ciclo vital. Se trata, por tanto, de relaciones laborales comunes con ciertas peculiaridades que, por su alcance limitado, no llegan a configurar regímenes laborales de carácter especial, no precisando por ello de ninguna declaración inclusiva expresa en el ámbito del trabajo asalariado al reunir por sí mismas todos los presupuestos jurídicos que para ese trabajo exige el artículo 1.1 ET.

La calificación de las modalidades encuadradas en la especialidad limitada que ahora se considera ha sido oscilante en algunos casos. Por ejemplo, en un momento determinado la norma legal consideró erróneamente el trabajo a domicilio como una relación laboral especial (art. 3 LRL), en tanto que en la actualidad se encuentra regulada en el marco de las modalidades del contrato de trabajo bajo la denominación de trabajo a distancia (art. 13 ET). Por otra parte, el criterio legal para incluir ciertas relaciones laborales dentro de estas modalidades no es técnicamente seguro, pues algunas de ellas presentan suficientes singularidades en su régimen jurídico como para ser consideradas conceptualmente, no ya modalidades de este grupo, sino relaciones laborales de carácter especial (tal es el caso de los contratos formativos), que, por tanto, derivan de contratos de trabajo con especialidad extensa.

En este tercer grupo pueden identificarse varios subtipos de contratos de trabajo.

- Con causa mixta, concurrente con la causa genérica de todo contrato de trabajo y que también implican temporalidad, pero que se incluyen en este apartado atendiendo a las especialidades que su regulación contempla. Responden a esta catalogación los contratos formativos: el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje
- De jornada reducida: a tiempo parcial de régimen común, de jubilación parcial y de relevo.
- De carácter locativo: el contrato de trabajo a distancia.
- De pluralidad subjetiva, diversificados en el contrato de trabajo de grupo, el trabajo en común y el auxiliar asociado.

A) Con causa mixta

Determinadas modalidades de contratos de trabajo presentan causas mixtas específicas. A estas causas obedecen únicamente, dentro de las modalidades contractuales reguladas por el ET, los contratos formativos. En ellos, la causa específica se identifica con la adquisición adecuada, por parte de ciertos colectivos de jóvenes que suelen acceder a su primera ocupación, de conocimientos teóricos o prácticos, o de los dos al mismo tiempo, para desarrollar un determinado oficio o profesión. La especificidad de la causa supone que estos contratos de trabajo posean un régimen jurídico que el ET considera modalizado pero que, en verdad, está más cercano al de los contratos de trabajo especiales considerando el tratamiento singular que reciben. La piedra angular de ese régimen reposa sobre la idea de garantizar que el trabajador adquiera realmente aquellos conocimientos, a fin de que no se frustre la finalidad formativa atribuida a dichos contratos. Lógicamente, la formación se debe alcanzar una vez que haya transcurrido cierto tiempo desde el inicio de la relación laboral, por lo que estos contratos son siempre temporales.

En el ET existen dos modalidades de contratos formativos: el contrato de trabajo en prácticas y el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje.

a) El contrato de trabajo en prácticas

El objeto de este contrato es el intercambio de trabajo práctico formativo por una retribución salarial. Su causa reside en la puesta en práctica de determinados conocimientos adquiridos previamente por el trabajador a fin de facilitarle una experiencia laboral adecuada al nivel de estudios cursados (STS 29-12-2000).

Las reglas que caracterizan el régimen jurídico de esta modalidad contractual pretenden garantizar la efectividad de ese objeto contractual, en especial el cumplimiento de su finalidad formativa. Su regulación básica se contempla en el artículo 11.1 ET (modificado por el art. 12 y la Disp. Trans. 8.ª LEMURMET, así como para los arts. 13.1 del RDL-ECREM y LECREM) y en el RCF, que se ocupa de su desarrollo reglamentario.

1.ª Titulación habilitante

La gama de titulaciones que habilitan para la formalización del contrato es muy amplia: título universitario (que incluye, de forma diferenciada, los títulos de grado, máster o doctorado), título de formación profesional de grado medio o superior, títulos oficiales reconocidos como equivalentes a los anteriores de conformidad con las leyes que regulan el sistema educativo vigente o certificado de profesionalidad de acuerdo con la LOCFOP. A los efectos de este contrato, los títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación, excepto que en la primera contratación bajo esta modalidad el trabajador hubiera obtenido ya el título superior de los correspondientes estudios.

El título pertinente ha de haberse obtenido en un período temporal concreto: los cinco años que sigan inmediatamente a la terminación de los estudios o los siete contados desde dicho momento si se concierta con un trabajador discapacitado (cuatro o seis, respectivamente, si el contrato se celebró antes de la entrada en vigor del RDL-MURMET, el 18 de junio de 2010). Estos límites temporales no rigen cuando el contrato se celebre con jóvenes menores de treinta años, como forma de incentivar su contratación (arts. 13.1 RDL-ECREM y 13.1 LECREM). La necesaria puesta en práctica de los conocimientos teóricos adquiridos exige esta limitación temporal, a fin de que dichos conocimientos no se hayan diluido por el transcurso de un período de tiempo amplio. La posesión del título es requisito esencial del contrato, de forma que su ausencia vicia de nulidad la cláusula que lo califica como modalidad contractual en prácticas, determinando su conversión en indefinido por presumirse celebrado en fraude de ley (arts. 15.3 ET y 22.3 RCF, STS 29-10-1996).

Nótese que, a fin de evitar abusos no infrecuentes elusivos de la falta de titulación habilitante para el contrato en prácticas, la ley impide que de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, supervisadas por las Universidades, puedan derivarse en ningún caso obligaciones propias de una relación laboral, ni que su contenido pueda dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo (art. 2.1 y 3 RD 1.707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios). A igual finalidad impeditiva obedece el rechazo legal de que pueda computarse a efectos de antigüedad el tiempo de estas prácticas o eximirse de la realización del período de prueba al estudiante que, al finalizar las prácticas, se incorpore a la plantilla de la entidad colaboradora, si bien aquí se admite que en convenio colectivo pueda acordarse otra cosa al respecto (art. 2.4 RD 1.707/2011), en razón del control que supone en este caso la intervención negocial de los representantes de los trabajadores.

2.ª Requisitos formales

Se prescribe la formalización por escrito del contrato y en modelo oficial, garantía reforzada con la exigencia de un contenido mínimo del contrato: titulación del trabajador, duración del contrato y puesto o puestos de trabajo a desempeñar. La exigencia de este contenido pretende tanto fijar el sometimiento del contrato a los límites temporales establecidos para su duración, como establecer con certeza la correlación debida entre la titulación habilitante y las funciones del puesto o puestos de trabajo encomendados. La centralidad de estos requisitos explica dos efectos relacionados con su incumplimiento. De un lado, que la carencia de forma escrita del contrato en prácticas a tiempo parcial determine presumir su celebración a jornada completa, salvo que mediante prueba en contrario, se acredite el carácter a tiempo parcial de los servicios. Por otra parte, que se incurra en fraude de ley cuando se formaliza este contrato para la prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo desempeñado anteriormente (STS 15-3-1996).

3.ª Reglas de contenido: período de prueba y retribución

Siguiendo la regla general estatutaria, es facultativo para las partes concertar un período de prueba. En principio, su duración se reduce legalmente respecto de la general, situándose en los máximos de un mes cuando se posea título de grado medio o certificado de profesionalidad de nivel 1 ó 2, o de dos meses cuando el título habilitante sea de grado superior o certificado de profesionalidad de nivel 3. No obstante, el convenio colectivo puede modificar esa duración, reduciéndola o ampliándola, aunque sujetándose en este último caso, entre otros, al límite esencial que impone el fraude de ley, tanto en lo que se refiere a la duración del contrato, dado que el período de prueba no puede ser igual a esa duración, como en cuanto afecta a la titulación exigida, debiendo existir una razonable proporción entre la duración de dicho período y el nivel de estudios alcanzado, como lo evidencian los parámetros legalmente establecidos a este respecto.

Por otra parte, la retribución salarial debe fijarse en primer término mediante convenio colectivo. Si éste guarda silencio en la materia, la norma legal establece una garantía atemperada a la causa del contrato, señalando que dicha retribución no podrá ser inferior al 60 o al 75 por 100, durante el primer o segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, en relación al salario fijado en el convenio aplicable para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo. El hecho de que el salario del trabajador en prácticas pueda ser inferior al de un trabajador ordinario de la empresa supone acomodar este contrato a su causa, dado que el primero no posee todavía la experiencia práctica necesaria para alcanzar la superior retribución del segundo.

La garantía de los mencionados porcentajes mínimos tiene carácter absoluto en jornada a tiempo completo (lo que no impide su ajuste proporcional en jornada parcial), de manera que si el convenio regula esta materia debe respetar tales mínimos, teniendo en cuenta, además, su carácter relativo.

4.ª Límites temporales del contrato

El carácter necesariamente temporal del contrato se garantiza estableciendo una franja de tiempo dentro de la que ha de fijarse su duración: un mínimo de seis meses y un máximo de dos años. Dentro de ese marco temporal, los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, subsidiariamente, los sectoriales de ámbito inferior, están facultados para determinar la duración del contrato, con fundamento en las características del sector y en las prácticas a realizar.

La duración de los contratos se vincula a la titulación que faculta para celebrarlo mediante dos prohibiciones que pretenden evitar conductas de fraude o de abuso. La primera de ellas excluye que pueda concertarse este contrato con la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años sobre la base del mismo título o certificado de profesionalidad, cualquiera que sea el puesto de trabajo que se desempeñe. La segunda tampoco permite su celebración con la misma empresa y para el mismo puesto de trabajo por

tiempo que supere dicho máximo, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.

Lo que en definitiva se pretende con estas prohibiciones es que no se supere en ningún caso el límite máximo de dos años de duración del contrato, al considerarse tal período suficiente para adquirir la experiencia profesional que a través de mismo se canaliza.

5.ª Certificación de las prácticas

El trabajador tiene un legítimo interés en acreditar la realización de las prácticas desarrolladas en la ejecución del contrato, así como sus principales características, pues ello incrementa sus oportunidades de empleo. Al servicio de ese interés y una vez el contrato finalice, la norma establece el deber del empresario de entregar al trabajador un certificado en el que quede constancia de la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos.

b) El contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje

Esta modalidad de contrato formativo tiene por objeto el intercambio de trabajo por retribución y formación teórica y práctica, en la medida necesaria para desempeñar de forma adecuada un oficio o un puesto de trabajo que exija un determinado nivel de cualificación. La normativa básica aplicable se encuentra en el artículo 11.2 ET (en su redacción conforme al RDL-PROJO y a la LEMURMEL), en el RCFA, la OCFA, así como en el artículo 11 RDSUBFOE. Con carácter transitorio, los contratos para la formación concertados antes de la entrada en vigor del RDL-PROJO (el 31-8-2011) se rigen por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron (Disp. Trans. 1.ª RDL-PROJO).

Su causa radica en el designio de que el trabajador adquiera conocimientos teóricos junto a los prácticos (STS 17-5-1990), en un régimen de alternancia con la actividad laboral retribuida en una empresa. Esta alternancia se articula reglamentariamente a través del concepto de formación profesional dual, configurada como «el conjunto de las acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo». En este sentido, la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje tiene la consideración normativa de formación profesional dual (art. 2.1 y 2 RCFA). Las modalidades mediante las que se puede desarrollar esta formación se establecen de forma tasada, si bien comprende distintas posibilidades: formación exclusiva en centro formativo, formación con participación de la empresa (que facilita instalaciones o expertos para impartir módulos formativos), formación en empresa autorizada o acreditada de modo complementario a la impartida en centro de formación, formación compartida en régimen de coparticipación entre el centro de formación y la empresa también autorizada y formación exclusiva en la empresa (art. 3.1 RCFA). La empresa puede financiarse el coste de la formación inherente al contrato mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social cumpliendo ciertos requisititos mínimos (suscripción del acuerdo para la actividad formartiva e información del mismo a la representación legal de los trabajadores, autorización para iniciar dicha actividad, asignación a la persona trabajadora de un puesto de trabajo relacionado con la citada actividad y compatible con el tiempo dedicado a la misma, designación de un tutor con cualificación y expeiencia profesional adecuiada y custodia de los soportes justificativos del coste y pago de la formación realizada). Asimismo, el SEPE puede conceder financiación a las CCAA y, en su caso, al Ministerio de Educacion, Cultura y Deporte para financiar los costes adicionales que para los centros púbicos del sistema educativo suponga la impartición de la actividad formativa en este contrato (arts. 10 y 11 OCFA).

Las reglas que gobiernan el régimen jurídico del contrato se orientan a asegurar el debido cumplimiento de su específica finalidad formativa.

1.ª Requisitos subjetivos

El círculo de personas que pueden formalizar el contrato como trabajadores se delimita por razón de la edad y de la ausencia de formación. Por tanto, pueden ser sujetos del mismo los mayores de dieciséis años y menores de veinticinco que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o requerida por el sistema educativo para concertar un contrato en prácticas.

No obstante, el límite máximo de edad no se aplica en tres supuestos. El primero tiene un carácter transitorio para el colectivo de jóvenes y, en su virtud, permite formalizar el contrato con trabajadores menores de treinta años hasta tanto la tasa de desempleo se sitúe en España por debajo del 15 por 100 (Disp. Trans. 9.ª LEMURMEL y Disp. Trans. 4.ª RCFA). El segundo supuesto faculta para inaplicar el límite máximo de edad cuando el contrato se concierte con personas en situación de discapacidad. El tercer supuesto también exonera de dicho límite máximo en el caso de empresas de inserción que formalicen este contrato con las personas que pertenezcan a los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007.

2.ª Requisitos objetivos

El nivel de cualificación que ha de obtenerse en el marco de la formación objeto del contrato ha de ser susceptible de acreditación formal o, en su defecto, ha de corresponder al nivel de cualificación de base de cada ocupación en el sistema de clasificación de la empresa.

Para evitar la utilización desviada de este contrato y racionalizar su utilización, los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los sectoriales de ámbito inferior, así como los de ámbito empresarial que cuenten con un plan formativo, estaban facultados expresamente por el RD 488/1998 para establecer el número máximo de contratos que las empresas podían celebrar de acuerdo con el tamaño de su plantilla. Si los mencionados convenios no fijaban ese número, se aplicaban los límites fijados al efecto por la norma reglamentaria. El vigente RCFA no contempla ahora esa facultad convencional, pero no es dudoso que la misma puede ejercerse al amparo de la genérica habilitación conferida al convenio estatutario por el artículo 85.1 ET, aunque, ciertamente, si la misma no se utiliza no existen ya los límites mínimos que, como garantía de posibles abusos, contemplaba a este respecto la anterior norma reglamentaria.

3.ª Requisitos formales

La necesidad de que el contrato sea conforme a su finalidad, y tal correspondencia pueda ser constatada, se traduce en ciertas exigencias formales. En primer término, el contrato ha de concertarse por escrito y en modelo oficial. En segundo lugar, debe incluir un contenido mínimo: el nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo para el que se concierta, el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución horaria, la duración del contrato, y el nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor. Asimismo, han de reflejarse por escrito los cambios que se produzcan en cualquiera de estos elementos.

En el plano de las exigencias formales, aunque con indudables efectos sustantivos, las empresas que celebren este contrato deben suscribir de modo simultáneo un «acuerdo para la actividad formativa», bien con el centro de formación u órgano designado por la Administración educativa o laboral que imparta la formación, bien con la persona trabajadora cuando la formación se realice en la propia empresa. El acuerdo debe tener un contenido necesario, fijado por el reglamento (identificación de las partes y del tutor, expresión detallada del título o certificado profesional objeto del contrato, contenido del programa de formación…). Corresponde a la empresa informar de los acuerdos suscritos a la representación legal de las personas trabajadoras, indicando, como mínimo, las personas contratadas bajo esta modalidad, el puesto

de trabajo a desempeñar y el contenido de la actividad formativa. El acuerdo suscrito debe presentarse por la empresa al SPE competente, a fin de que éste autorice la actividad formativa con carácter previo a su inicio (arts. 16.7 y 21 RFCA).

4.ª Límites temporales del contrato

La duración del contrato se somete a ciertos límites temporales en coherencia con su causa. Los establecidos por la norma estatutaria fijan dicha duración en un mínimo de un año y un máximo de tres años (ampliada la máxima de dos a tres años por la LEMURMEL). Dentro de estos límites, los convenios colectivos pueden establecer distintas duraciones (con anterioridad el plazo máximo de dos años podía prorrogarse por doce meses más) atendiendo a las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

La prevención del uso indebido del contrato mueve al legislador a establecer dos prohibiciones temporales relativas a su concertación. Por una parte, cuando su duración haya expirado no es posible celebrarlo de nuevo con el mismo trabajador y con la misma o distinta empresa «para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta» [art. 11.2.*c*) ET conforme a la LEMURMEL]. Por otra, tampoco podrá celebrarse con el mismo trabajador cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato se haya desempeñado con anterioridad por éste en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

5.ª Obligaciones contractuales

Los sujetos del contrato contraen determinadas obligaciones consecuentes con el propósito que persigue esta modalidad formativa.

El empresario asume las obligaciones principales de proporcionar el trabajo efectivo y la formación adecuados al objeto del contrato, de suerte que la prestación laboral que el trabajador desempeñe ha de estar relacionada con las actividades formativas, las cuales han de comenzar en el plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha de celebración del contrato, excepto para los contratos celebrados desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011, para los que dicho plazo máximo se extiende hasta el 31 de enero de 2012 (Disp. Adic. 17.ª RDL 20/2011). Consecuente con esta obligación, el empresario debe conceder al trabajador los permisos necesarios a fin de que éste pueda recibir la citada formación, debiendo, asimismo, tutelar el desarrollo del proceso formativo, bien asumiendo personalmente esta tutela, bien designando a un trabajador de la empresa para esta función, siendo necesario que, en ambos casos, la persona que la ejerza posea la adecuada cualificación o experiencia profesional.

Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de formación configuran el tiempo total de ejecución del contrato, durante el cual el trabajador realiza su prestación laboral práctica y recibe la formación teórica adecuada. En ambos casos la formación tiene carácter profesional y se vincula a los módulos formativos que permiten obtener el certificado oficial de profesionalidad.

En la vigente regulación, el tiempo de trabajo efectivo no puede superar el 75 por 100, durante el primer año, o el 85 por 100, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo, o, en su defecto, de la jornada máxima legal [art. 11.2.*f*) ET conforme a la LEMURMEL, que ha ampliado para los dos últimos años del contrato el tiempo de trabajo efectivo antes fijado en el 75 por 100 para los dos años de su duración].

De ello se deriva que el tiempo de formación puede variar a lo largo del contrato, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 25 por 100 durante el primer año o al 15 por 100 durante el segundo y tercer año en relación con aquellas jornadas. Aunque en la actual regulación nada se disponga al respecto, el establecimiento del tiempo de formación depende de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas fijado para la formación adecuada a tales oficio o puesto, según especificaba con acierto la regulación precedente. Por ello, nada impida que, dentro de los referidos límites, los convenios

colectivos puedan establecer la distribución del tiempo dedicado a aquella formación, así como el régimen de alternancia o concentración de ese período respecto del tiempo de trabajo efectivo. Cabe la posibilidad de que la actividad formativa incluya formación complementaria, excluida de la financiación pública a la que se ha hecho referencia y vinculada a las necesidades de la empresa o de la persona trabajadora, que no se considerará como trabajo efectivo y que debe ser autorizada por el SEP competente junto con la autorización de inicio de la actividad formativa.

En todo caso, la específica causa formativa del contrato funda la fijación de ciertos límites a la jornada de trabajo: el contrato debe celebrarse a tiempo completo, se prohíbe la realización de horas extraordinarias, excepto las que se trabajen en caso de siniestros o daños extraordinarios y urgentes (que han de ser compensadas como tales), así como de trabajos nocturnos y de trabajo a turnos.

El carácter mixto del contrato se traduce en la obligación principal del empresario de retribuir el trabajo prestado. Al convenio colectivo le corresponde fijar dicha retribución en proporción al tiempo de trabajo efectivo, teniendo en cuenta que, en ningún caso, puede ser inferior al SMI, también de forma proporcional al tiempo de trabajo efectivo.

Son obligaciones principales del trabajador prestar el trabajo efectivo y recibir la formación adecuada. La trascendencia de esta última obligación se manifiesta en la calificación legal de las faltas de puntualidad o asistencia del trabajador a las enseñanzas teóricas como faltas laborales. Del contenido de la formación teórica se ha suprimido por la LEMURMEL la posibilidad ofrecida anteriormente al trabajador contratado que no poseyera el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, de obtener dicho título mediante dicha formación. Se mantiene, sin embargo, la modulación del período formativo en el caso de que el trabajador contratado tenga la condición de discapacitado psíquico, facultándose al empresario para suplir la formación teórica, en su integridad o parcialmente y previo informe de los equipos multiprofesionales competentes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral.

A los SPE que hayan autorizado el inicio de la actividad formativa les corresponde el seguimiento evaluación y acreditación de la formación adquiairida para obtener los certificados de profesionalidad. Por su parte, las Administraciones educativas se responsabilizarán de dichas funciones respecto de la formación dirigida a la obtención de los títulos de formación profesional.

6.ª Acción protectora de la Seguridad Social

Mejorando la anterior regulación, la reforma de 2010 ha igualado la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador sujeto de este contrato respecto del trabajador de régimen laboral ordinario, que ahora comprende todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Por otra parte, y como ya se establecía con anterioridad a dicha reforma, el trabajador tiene derecho a la cobertura del FGS.

7.ª Acreditación de la formación adquirida

Al igual que sucede con el contrato de trabajo en prácticas, en el que ahora se examina el trabajador exhibe un legítimo interés en acreditar el nivel de formación alcanzado mediante el mismo, a fin de mejorar sus posibilidades de empleo. Para ello, la Administración Pública, previa solicitud del trabajador, habrá de expedir el oportuno certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable cuando se hayan superado los módulos formativos correspondientes a una o a varias de las unidades de competencia en las que tales módulos se estructuran.

c) Reglas comunes a los contratos formativos

Aunque las reglas comunes que con anterioridad fueron contempladas en el RD 488/1998 han quedado derogadas por el RCFA, de la vigente regulación que recibe cada una de las dos modalidades de los contratos formativos que acaban de estudiarse se infiere la subsistencia de tales reglas.

1.ª Reiteración prohibida del período de prueba

En el supuesto de que, una vez finalizado el contrato formativo, el trabajador continúe en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, bajo sanción de nulidad, debiendo computarse la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa. Aunque la normativa reguladora de estos contratos no lo especifica [arts. 11.1.*f*) ET y 10.2 RCFA], ha de tenerse en cuenta que esta regla se aplica al margen de que la duración del contrato haya sido la máxima legal o inferior, dado que su objetivo específico es evitar la reiteración del período de prueba cuando se trate del desempeño de las mismas funciones (art. 14.1 ET). Si las funciones son distintas, entrarán en juego las prohibiciones sobre duración máxima del contrato.

2.ª Verificación de anteriores contrataciones

El cumplimiento de las prohibiciones legales sobre duración máxima de contratos formativos con distinta empresa, se facilita al empresario facultándole para que pueda solicitar del SPE certificación en la que conste el tiempo en que el trabajador haya estado contratado con otra empresa mediante contrato en prácticas o contrato para la formación y el aprendizaje (incluyendo la precedente modalidad de formación), con anterioridad a la contratación de la modalidad de contrato formalitivo de estas dos clases de contrato que pretenda celebrarse, así como la actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato para la formación y el aprendizaje. Cuando la certificación no se emita en el plazo de diez días, el empresario queda exento de responsabilidad si concierta el contrato incumpliendo aquellas prohibiciones, con la salvedad de que, respecto del contrato para la formación y aprendizaje, haya tenido «conocimiento suficiente» de que la celebración por su parte del contrato «pudiera suponer incurrir en el mencionado incumplimiento» (art. 15.2 RCFA); expresión vagarosa que debe entenderse en el sentido de que el conocimiento suficiente se refiere a la contratación previa del trabajador bajo esta modalidad con otra empresa y a la actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato.

3.ª Interrupción de la duración de los contratos

Modificando en parte la regulación anterior, la adquisición de la formación se refuerza ahora estableciendo la interrupción de la duración del contrato cuando se produzcan determinadas causas suspensivas: incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad. La aplicación de las restantes causas suspensivas del contrato contempladas en los artículos 45 y 46 ET requerirá pacto expreso, ya sea en el contrato, ya sea en convenio colectivo.

4.ª Prórrogas contractuales

Los contratos formativos pueden concertarse por tiempo inferior al máximo legal o convencional, en cuyo caso las partes pueden acordar hasta dos prórrogas, salvo que el convenio aplicable disponga otra regulación, que en ningún caso puede exceder de la máxima establecida.

Se consideran prorrogados tácitamente como contratos ordinarios por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario acreditativa de su naturaleza temporal, los contratos formativos en los que el trabaja-

dor continúe prestando servicios una vez agotada la duración máxima del contrato sin que haya existido denuncia expresa.

5.ª Presunciones de indefinición

Determinados incumplimientos generan presunciones de indefinición del contrato formativo, que operan con el carácter *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

Las primeras se activan ante el incumplimiento de la formalización escrita del contrato o del alta en la Seguridad Social si ha transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, admitiéndose prueba en contrario de la naturaleza temporal del contrato formativo.

El segundo tipo de presunción recoge la regla general estatutaria presuntiva de que el contrato formativo celebrado en fraude de ley se considera por tiempo indefinido, lo que hace inviable la prueba en contrario.

B) De jornada reducida: contratos de trabajo a tiempo parcial

a) Concepto

La nota que singulariza a las distintas modalidades de contratos de trabajo a tiempo parcial es la reducción de la jornada de trabajo que los sujetos del contrato pueden pactar. Dicha reducción de jornada no debe confundirse con la duración del contrato, ya que éste puede concertarse por tiempo indefinido (de régimen común y fijo discontinuo) o por tiempo determinado (de jubilación parcial y de relevo, aunque este último también se puede concertar por tiempo indefinido a partir de la LRMT) en los supuestos en que legalmente está permitido utilizarlo, de los que se exceptúan el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato de interinidad cuyo objeto sea sustituir a un trabajador a tiempo completo. De la progresiva eventualidad en el empleo, característica del mercado de trabajo español, no quedan al margen los CCTP, ya que su utilización muestra que éstos son, en un alto porcentaje, contratos de carácter temporal: el 34,60 por 100 del total de contratos a tiempo parcial se celebraron bajo alguna modalidad temporal en 2013, lo que excede con creces la media general de temporalidad situada, en ese mismo año, en el 23,1 por 100 (INE).

La regulación de los contratos a tiempo parcial fue objeto de modificación normativa mediante la LRMT, que proporcionó una nueva redacción al artículo 12 ET con la finalidad de impulsar la utilización de estas modalidades contractuales, lo que equivale a confirmar la primordial finalidad de fomento de la ocupación que presentan estos contratos. Esta reforma afectó a las distintas modalidades que puede revestir este contrato: el contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común (CTTP), el contrato de jubilación parcial (CTJP) y el contrato de relevo (CTR). Con posterioridad, la LAAMSS reformó algunos extremos de estos dos últimos contratos, la LEMURMEL suprimió la prohibición de realizar horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial, prohibición nuevamente reestablecida por el RDL-CESMEN (salvo para los supuestos del art. 35.3 ET), que también modifica de nuevo el régimen de las horas complementarias.

Los rasgos más sobresalientes del régimen jurídico de estos contratos son los que seguidamente se examinan, con la excepción del contrato de trabajo fijo discontinuo de carácter periódico (art. 12.3 ET), que ya ha sido objeto de estudio en el lugar correspondiente [*supra* I, 1, B)].

b) Clases

a') El contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común

a") *Concepto.* La calificación como contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común (CTTP) exige que los sujetos del mismo acuerden la prestación de servicios durante un número de horas al día, la semana, el mes o el año (elemento cuantitativo) inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (elemento subjetivo). Con la LRMT se vuelve de nuevo a la regulación establecida en la reforma laboral de 1994, al no imponerse un porcentaje mínimo de reducción de jornada para poder calificar legalmente este contrato. En este sentido es suficiente con que la jornada tenga una reducción mínima de una hora menos (al día, a la semana, al mes o incluso al año) que la normal para que legalmente pueda formalizarse un CTTP, pudiendo asimismo formalizarse el contrato con una reducción máxima de dicha jornada que alcance, por ejemplo, una hora diaria. En todo caso, esta modalidad debe distinguirse del trabajo a tiempo completo con pacto de jornada reducida temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.2 ET), así como del contrato de trabajo fijo discontinuo de carácter no periódico que, como ya se vio, ahora deja de considerarse como modalidad del trabajo a tiempo parcial [*supra* I, 1, B)].

Con la finalidad de delimitar con mayor precisión la jornada que sirve de contraste para establecer la reducción, se aclara el sentido que hay que atribuir al elemento subjetivo cuya jornada se toma inicialmente como módulo de comparación. De esta manera, la expresión trabajador a tiempo completo comparable se debe entender referida «a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar». Ante la inexistencia en la empresa de trabajadores a tiempo completo comparables, debe recurrirse, en primer lugar, a la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo aplicable. Si el convenio no regula este extremo, el módulo que se debe utilizar es el de la jornada máxima legal.

b") *Formalidades*. El CTTP debe formalizarse por escrito y en el modelo oficial. Si no se observa la forma escrita y el contrato es temporal, se entiende concertado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acedite el carácter parcial de los servicios. Asimismo, la evitación de fraude exige indicar expresamente en el contrato el «número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo». En la actualidad, es suficiente con establecer una referencia genérica al respecto (por ejemplo, seiscientas horas de trabajo anuales distribuidas en veinticinco semanas), sin que se exija determinar previamente los días y el horario al que debe sujetarse la prestación de servicios, lo cual implica más disponibilidad del tiempo de trabajo por parte del empresario.

c") *Horas extraordinarias*. La realización de horas extraordinarias por trabajadores a tiempo parcial ha experimentado una acentuada oscilación normativa al calor de la incesante reforma laboral propiciada por la crisis económica que surge en 2008. Inicialmente, a dichos trabajadores no les estaba permitido realizar horas extraordinarias, salvo las derivadas de fuerza mayor. La reforma laboral de 2012 suprimió esa prohibición, remitiendo el número de las que se podían realizar con ese carácter a lo previsto legalmente en proporción a la jornada pactada [art. 12.4.*c*) ET modificado por la LEMURMEL]. Al decir de la norma reformadora, con esta modificación «se pretende buscar un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social», ya que dichas horas «computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones» [Exposición de Motivos III y art. 12.4.*c*) ET modificado por la LEMURMEL]. Pero el equilibrio pretendido revelaba, en realidad, un inocultable nominalismo, ya que, junto a las horas extraordinarias, seguía siendo posible pactar en el contrato de trabajo la realización de horas complementarias. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de pactar la realización de horas complementarias (bajo forma escrita, en modelo oficial y tan sólo en el CTTP de duración indefinida) se introdujo por el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, como una fórmula que permitía la ejecución material de horas extraordinarias sin que se calificaran formalmente como tales. Se evitaba así

el mayor coste económico que las horas extraordinarias representan para el empresario, dado que éstas pueden retribuirse por encima del valor de la hora ordinaria y están gravadas con una cotización adicional a la Seguridad Social, en tanto que las horas complementarias han de retribuirse, imperativamente, en la misma cuantía que las horas ordinarias, ni inferior ni superior a éstas, y, aunque se computan a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social, períodos de carencia y bases reguladoras, no están gravadas con una cotización adicional. Por tanto, el efecto material de sustitución buscado al introducir las horas complementarias carecía de sentido, acentuándose la flexibilidad pro empresario, al permitir su realización junto con las horas extraordinarias.

La convicción del legislador en la búsqueda del mencionado equilibrio ha sido efímera, puesto que, casi un año y medio después de permitirlas, vuelve a prohibir su realización para estos trabajadores, salvo los limitados supuestos de fuerza mayor a que se refiere el artículo 35.3 ET (art. Uno, 1 RDL-CESMEN).

d") Horas complementarias. La actual prohibición de realizar horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial no restaura, sin embargo, el deseable equilibrio que la ley debe perseguir entre partes con poder económico y jurídico marcadamente desigual, como sucede con las que celebran el contrato de trabajo. No sólo porque las horas complementarias siguen cumpliendo de nuevo en la práctica una función sustitutoria de las horas extraordinarias. También por la sucesiva e intensa flexibilización de su régimen jurídico, al amparo primero de la LRMT y después del RDL-CESMEN, en detrimento de las necesarias garantías que su realización habría de comportar para el trabajador,

Para comprender cabalmente la regulación de estas horas, debe traerse a colación el dato anteriormente anotado sobre el alto porcentaje de contratos temporales que se formalizan al amparo de esta modalidad, pues ello condiciona en gran medida la posición de mayor debilidad contractual del trabajador y la consiguiente aceptación por su parte para realizar dichas horas. A ello debe añadirse que un porcentaje también significativo de trabajadores aceptan el trabajo a tiempo parcial ante la dificultad o imposibilidad de encontrar otro a tiempo completo. Sobre esta base fáctica, y con la recurrente finalidad de crear empleo, se articula un régimen jurídico en torno a dos grupos de reglas: de un lado, reglas favorecedoras del poder organizativo empresarial y, de otro, reglas garantistas de los derechos e intereses de los trabajadores. La regulación resultante aparece claramente desequilibrada a favor de la posición contractual del empresario.

* Primer grupo. Reglas favorecedoras del poder organizativo empresarial

1.ª Ampliación de los tipos de horas complementarias

Con anterioridad al RDL-CESMEN sólo existía un tipo de horas complementarias: las pactadas en el CTTP de duración indefinida. Esta norma introduce una doble clasificación de las mismas, que, junto a otras determinaciones, se construye sobre un elemento básico: la duración del CTTP. De un lado, las horas complementarias «previamente pactadas», cuya realización puede acordarse para los CTTP, cualquiera que sea su duración, con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, lo que comprende, en la práctica, a la mayor parte de los CTTP, ampliando así la posibilidad de pactarlas. De otro, horas complementarias «voluntarias», sólo configuradas para los CTTP de duración indefinida con igual jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual.

Pese a su equívoca denominación, las diferencias entre ambos tipos no estriban en el concurso de la voluntad de las partes del contrato para su realización, exigible en las dos, sino en determinados aspectos de su régimen jurídico.

2.ª Potenciación de la autonomía individual en las horas complementarias previamente pactadas

- El empresario sólo puede exigirlas si lo acuerda expresa y específicamente por escrito con el trabajador, ya sea en el momento de celebrar el contrato o con posterioridad. Esta regla es formalmente garantista para el trabajador, pero, en la práctica, favorece la posición empresarial, especialmente en los sectores con alta demanda de trabajo, a no ser que en convenio colectivo se establezcan limitaciones sobre este extremo, posibilidad no contemplada en la ley pero tampoco prohibida.
- La función reequilibradora de la autonomía colectiva queda expresamente afectada al suprimirse la anterior regla que sometía la distribución y la forma de realización de las horas a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto individual. En su lugar se amplía la autonomia individual, estableciéndose la obligación de recoger en el pacto individual el número de horas complementarias cuya realización puede requerir el empresario (lo que significa que no está obligado a hacerlo en todo caso), así como el deber de preavisar al trabajador para su desempeño, que ahora se reduce a un mínimo de tres días, salvo que el convenio colectivo regule un plazo inferior, en tanto que con anterioridad el plazo se fijaba por la ley en siete días y no se permitía al convenio regular su reducción.
- Se amplia el número de horas complementarias pactadas en el contrato, que pasa del 15 por 100 máximo de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato al 30 por 100 máximo de ese módulo ordinario de referencia. Adicionalmente, los convenios colectivos están facultados para establecer otro porcentaje máximo, que no puede ser inferior al 30 po 100 (con anterioridad a la LRMT este porcentaje era límite máximo para el convenio) ni exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas.
- Se suprime el derecho reconocido al trabajador a consolidar tales horas, para lo que tan sólo se exigía su voluntad expresa manifestada dentro de un plazo máximo, a fin de que, en determinadas condiciones, pudiera incrementarse la jornada ordinaria a tiempo parcial y reducirse por tanto el recurso a las horas complementarias. Ello evidencia el interés de la norma legal en fomentar la realización de dichas horas y, por tanto, en estimular la utilización del CTTP con una reducida jornada ordinaria.
- Se identifican las circunstancias, silenciadas con anterioridad, en virtud de las cuales el pacto individual de horas complementarias puede quedar sin efecto por renuncia del trabajador mediante preaviso de quince días y un vez cumplido un año desde su celebración: atención a las responsabilidades familiares señaladas en el artículo 37.5 ET, necesidades formativas siempre que se acredite la incompatibilidad horaria e incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

3.ª Potenciación de la autonomía individual en las horas complementarias voluntarias

Estas horas pueden ser ofrecidas por el empresario en cualquier momento, tanto al celebrar el contrato como con posterioridad, siendo de libre aceptación por el trabajador. Su número no puede superar el 15 por 100 de las horas ordinarias objeto del contrato, salvo que en convenio colectivo se amplíen hasta el 30 por 100. Tales horas no computan a efectos de determinar los porcentajes de las horas complementarias pactadas. Ello significa que ambos tipos de horas complementarias, las pactadas y las voluntarias, pueden realizarse a un mismo tiempo y que, si el convenio así lo regula, el trabajador puede ampliar su jornada ordinaria de trabajo objeto del contrato hasta un 90 por 100 de la misma. No obstante, esta ampliación no supone la efectiva realización de todas las horas complementarias, pues, como se señaló, el empresario «puede» requerirlas en todo o en parte, conforme a su unilateral apreciación de las necesidades productivas de la empresa.

* Segundo grupo. Reglas garantistas de los derechos e intereses de los trabajadores.

1.ª En relación con el poder sancionador empresarial

Ante el incumplimiento de las reglas relativas al pacto de horas complementarias pactadas y a las condiciones de su realización, en su doble tipología, el trabajador puede negarse a desempeñarlas, sin que ello constituya conducta laboral sancionable, lo que favorece sin duda su interés y, teóricamente, amplía su espacio de libertad contractual. Igual favorecimiento puede advertirse si el trabajador se niega a realizar las denominadas horas complementarias voluntarias, puesto que también excluye la ley que su negativa a realizarlas, una vez aceptadas debe entenderse, pueda merecer el reproche de una sanción laboral.

Desde un punto de vista técnico la ausencia de sanción ante la negativa del trabajador a realizar las horas complementarias voluntarias, una vez aceptadas, supone exonerarle del principio general del cumplimiento de las obligaciones contractuales (arts. 1091 y 1258 CC). Una explicación verosímil puede sustentarse en un doble orden de consideraciones, no necesariamente incompatibles entre sí. Por un lado, en la tácita admisión por el legislador de que el pacto individual para realizarlas se concierta por el trabajador sobre la base de un consentimiento, aunque no viciado desde un prisma formal, sí vigorosa y materialmente condicionado por la común e ineludible necesidad de trabajar para subsistir, sobremanera en momentos de elevada tasa de desempleo. Por otro, en el subyacente reconocimiento por la norma de que el libre requerimiento por el empresario para su realización asemeja estas horas al trabajo «a llamada», no permitido en nuestro ordenamiento para el contrato de trabajo eventual, ni para el CTTP (SSTS 17-12-2001, dos, ambas con voto particular), pero que en este último adquiere carta de naturaleza fáctica con la regulación de las horas complementarias, colocando al trabajador en una situación de amplia y azarosa disponibilidad laboral, difícilmente compatible con una organización y desarrollo adecuados y realmente humanos de la vida personal y familiar (arts. 10.1 y 39.1 CE).

2.ª En relación con el tiempo de trabajo

- A fin de evitar un mayor grado de desnaturalización del CTTP, la normativa reformadora mantiene un límite insuperable a la jornada reducida que esta modalidad contractual comporta, prohibiendo que la suma de las horas ordinarias y complementarias exceda del límite de jornada legalmente fijado para el trabajo a tiempo parcial, bien que excluyendo ahora de cómputo las horas extraordinarias habida cuenta de su renovada prohibición [art. 12.4.*c*) ET modificado por el LEMURMEL y el RDL-CESMEN]. Límite de jornada que, como se sabe, ha de ser, bajo cualquiera de los módulos temporales de cálculo establecidos, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12.1 ET). Piénsese, a modo de ejemplo, que en un contrato a tiempo parcial se pacta un tiempo de trabajo de veinticinco horas semanales, inferior al que desempeña un trabajador a tiempo completo de la misma categoría profesional (treinta y cinco horas semanales), acordándose asimismo, en virtud de lo establecido en convenio colectivo, la realización de horas complementarias pactadas en su máximo porcentaje del 60 por 100. Este último pacto convencional sería nulo, dado que la suma de la jornada parcial (veinticinco horas semanales) y de las horas complementarias (quince horas semanales) alcanzaría las cuarenta horas semanales, sobrepasando aquella otra jornada a tiempo completo comparable.
- Bajo la finalidad de evitar fraudes o abusos en el cómputo de las horas complementarias, se establece el deber empresarial de registrar diariamente y de totalizar con carácter mensual, el resumen de las horas de trabajo realizadas cada mes, tanto las ordinarias como las dos clases de complementarias, entregando copia al trabajador junto con el recibo del salario. El empresario debe conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un mínimo de cuatro años. El incumplimiento de estas obligaciones de registro comporta la presunción *iuris*

tantum de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios, configurándose asi un tipo de sanción presuntiva de escasa eficacia para atajar conductas incumplidoras de obligaciones con relevantes efectos probatorios.

- Se mantiene, asimismo, para la realización de las horas complementarias, el deber de respetar en todo caso los límites en materia de jornada y descansos establecidos en el ET respecto de los descansos diarios (art. 34. 3 y 4), del trabajo nocturno (art. 36.1) y del descanso semanal (art. 37.1).

3.ª En relación con obligaciones retributivas y de protección social

- Se mantiene el deber de retribuir las horas complementarias como ordinarias, evitándose con esta equiparación, como ya se advirtió, el mayor coste que podría suponer retribuirlas en concepto de extraordinarias. También permanecen el deber de computar tales horas a efectos de las bases de cotización a la Seguridad Social y de bases reguladoras de las prestaciones, así como el deber de incluir en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Serguridad Social el número y la retribución de las horas complementarias realizadas

d") Equiparación y proporcionalidad. Como regla general, derivada del principio de igualdad y no discriminación, se reconocen al trabajador a tiempo parcial los mismos derechos que a los trabajadores a tiempo completo. Ahora bien, de acuerdo con este mismo principio, la citada equiparación no puede ser absoluta, teniendo en cuenta la reducción del tiempo de trabajo, consustancial al CTTP. De manera que aquellos derechos serán reconocidos cuando corresponda en atención a su naturaleza, de forma proporcional y de acuerdo con el tiempo trabajado.

e") *Novación*. La ley subraya el carácter voluntario que siempre tiene para el trabajador la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, estableciendo expresamente la prohibición de que el trabajador sea despedido o sufra otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar tal conversión cuando la misma se pretenda imponer de forma unilateral o en virtud de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.1, a) ET. Con la finalidad de posibilitar esta movilidad voluntaria del trabajador respecto de la conversión de su contrato o la duración de su jornada, se establece la obligación empresarial de informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que puedan formular solicitudes de conversión en el doble sentido anteriormente señalado o de incremento de su tiempo de trabajo, todo ello conforme a los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo. El empresario debe tomar en consideración dichas solicitudes, en la medida de lo posible. La denegación de la solicitud debe notificarse al trabajador por escrito y de forma motivada.

b') Los contratos de trabajo de jubilación parcial y de relevo

La nueva regulación que la LRMT llevó a cabo de estas modalidades se articuló sobre la base de dos ideas básicas. Por una parte, promover la prolongación voluntaria de la vida laboral activa a tiempo parcial, al estimarse que tal prolongación tiene efectos positivos sobre los trabajadores afectados, el conjunto de la sociedad y la viabilidad del sistema público de pensiones (punto IV del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001). Por otro lado, impulsar el fomento de la ocupación por medio de su reparto, favoreciendo una mayor utilización de estos contratos, dado el reducido porcentaje de los que se formalizan bajo estas modalidades.

Posteriormente, la LAAMSS modificó la regulación de estos contratos con la finalidad de acomodar su régimen jurídico a las nuevas reglas que el artículo 6 de dicha norma introdujo respecto de la pen-

sión de jubilación. Por último, el artículo 9, en relación con el artículo 7, del RDL-CONVILA modifica de nuevo la regulación de estas figuras llevada a cabo por la LAAMSS. Persiguiendo objetivos ya trazados en la normativa anterior, el RDL-CONVILA busca mediante esta última reforma favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de los trabajadores de edad avanzada (Preámbulo III). Aunque no de forma expresa, la finalidad de reforzamiento de dicho sistema aparece realmente como prioritaria, «tanto por las previsiones demográficas analizadas como por la necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, máxime en períodos de crisis financiera y económica como el actual» (Preámbulo I).

A la regulación básica de estos contratos se destina el reformado artículo 12, números 6 y 7 ET en relación con el artículo 166.1 y 2 LGSS.

a") El contrato de trabajo de jubilación parcial. El subtipo de CTJP puede concertarse en dos supuestos, cuya característica común es la transformación de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro CTJP mediante la reducción de la jornada de trabajo y, en proporción, del salario por parte del trabajador que lo concierta con su empresa, siempre que se cumplan determinados requisitos.

La concertación del CTJP exige en el primer supuesto que se observen los siguientes requisitos:

1.º No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación. Actualmente, dicha edad está diversificada en los 65 años y un mes a partir del 1-1-2013 y en los 67 años desde el 1-1-2027, teniendo en cuenta que esta segunda edad se implanta de forma escalonada hasta alcanzar esta última fecha y que quienes acrediten 38 años y 6 meses de cotización a los 65 años pueden jubilarse a esta edad.

Los trabajadores a tiempo completo pueden acceder a la jubilación parcial cuando hayan cumplido 61 años el 1-1-2013 o 63 años el 1-1-2027, siendo asimismo esta segunda edad de implantación gradual conforme a la escala establecida hasta alcanzar esta última fecha. Como situación transitoria, a los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1-1-1967 no se les aplica dicha escala, fijándose para ellos la edad de acceso a dicha jubilación en los 60 años de edad.

2.º Tener una antigüedad mínima en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, que debe calcularse desde la prestación de servicios en la anterior empresa si ha mediado sucesión empresarial con arreglo al artículo 44 ET o si se trata de una empresa perteneciente al mismo grupo.

3.º Acreditar un período de cotización de treinta y tres años cuando se hayan cumplido los 61 y de 36 años y 6 meses en el supuesto de que se cumplan los 63 años. El período de cotización exigido se reduce al 25 por 100 en el caso de personas discapacitadas en grado igual o superior al 33 por 100.

4.º Acordar con la empresa una reducción de la jornada de trabajo y del salario entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 50 por 100. Estos porcentajes están referidos a la jornada de un trabajador de la empresa a tiempo completo comparable.

5.º Formalizar simultáneamente por parte de la empresa un CTR con un trabajador en situación de desempleo o que ya tenga concertado con aquélla un contrato de duración determinada, a fin de sustituir la jornada de trabajo que deja vacante el trabajador que se jubila parcialmente, aplicándose así una medida de fomento del empleo mediante su reparto [Capítulo 8, III, 2, B)]. La reducción de la jornada y del salario del trabajador parcialmente jubilado puede alcanzar un máximo del 75 por 100 cuando el CTR se concierte a jornada completa y con duración indefinida, con igual referencia comparativa de dicho porcentaje en relación con la jornada de un trabajador a tiempo completo.

En todo caso, la validez del CTJP está condicionada a la paralela formalización del CTR.

Los requisitos exigidos para formalizar el CTJP en el segundo supuesto son menos exigentes:

1.º Haber cumplido la edad ordinaria de jubilación y acreditar los restantes requisitos de cotización para acceder a la misma. Se facilita de este modo que el trabajador, aunque haya alcanzado dicha edad, pueda seguir prestando sus servicios parcialmente. Ello permite una jubilación progresiva, la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar, el aprovechamiento por la empresa de la experiencia profesional del trabajador y la mejora de la pensión de jubilación cuando se produzca el cese total en el trabajo y

se proceda a calcular de nuevo la base reguladora de la misma con las cotizaciones realizadas durante el CTJP. Por lo tanto, el CTJP es compatible con el percibo de la pensión de jubilación reducida.

2.º Acordar con la empresa una reducción de su jornada de trabajo y del salario entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 50 por 100. Porcentajes también referidos a la jornada de un trabajador de la empresa a tiempo completo comparable.

3.º En este supuesto no se exige la celebración del CTR, puesto que no se trata aquí de una jubilación parcial anticipada a la edad ordinaria. Con todo, nada impide que el mismo pueda celebrarse a fin de cubrir el tiempo que libera el trabajador jubilado y contratado a tiempo parcial.

b") El contrato de trabajo de relevo. Como acaba de verse, el CTR se formaliza, de modo obligado o voluntario por parte de la empresa, dependiendo de que el trabajador jubilado con CTJP no haya cumplido la edad de jubilación ordinaria o, por el contrario, la haya alcanzado.

La duración del CTR en caso de que el trabajador sustituido con CTJP todavía no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación, puede ser indefinida o determinada, que en este segundo caso ha de ser igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar dicha edad. Si al cumplirla el trabajador jubilado continúa parcialmente en la empresa, el CTR con duración determinada se puede prorrogar mediante acuerdo de las partes por períodos anuales. Su extinción se producirá, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en que tenga lugar la jubilación total del trabajador sustituido.

Cuando la reducción de jornada del trabajador parcialmente jubilado sea del 75 por 100, el CTR debe tener una duración mínima igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al citado trabajador para alcanzar la edad de jubilación ordinaria. Si el CTR se extingue antes de llegar a esa duración mínima, el empresario debe celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido y por el tiempo que reste sin haberse completado dicha duración.

La duración del CTR en el supuesto de trabajador jubilado parcialmente una vez alcanzada la edad de jubilación puede ser indefinida o anual. En este último caso, el contrato se prorroga automáticamente por períodos anuales y su extinción sucede de la misma manera que en el supuesto anterior. El CTR puede formalizarse a jornada completa o a tiempo parcial, salvo que la reducción de jornada y salario del trabajador sustituido alcance el 75 por 100, en cuyo caso el relevista ha de realizar jornada completa y concertar contrato indefinido, como ya se ha señalado anteriormente.

Para cualquiera de esas dos opciones, la duración de la jornada tiene que ser igual, al menos, que la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido. La existencia de dos trabajadores (el jubilado parcialmente y el que lo releva) entre los que se distribuye la jornada del trabajador sustituido explica que el horario de trabajo de quien lo releva pueda completar el del trabajador sustituido o bien ser simultáneo al de aquél.

El puesto de trabajo que ocupa el trabajador que toma el relevo puede ser el mismo del trabajador sustituido, sin que ahora la ley se refiera a la posibilidad de que también sea un puesto similar, lo que debe interpretarse como apertura al desempeño por el trabajador relevista de un puesto de trabajo con distintas funciones a las que realiza el trabajador sustituido, que ni siquiera han de ser similares a las de éste. Ampliando así el poder de variación empresarial en el ámbito funcional, se incentiva la utilización del CTR, tanto si su formalización es obligada como si es voluntaria, puesto que en el primer caso se facilita el acuerdo con el trabajador que desea jubilarse parcialmente y formalizar el CTJP, estimulándose en el segundo la contratación con el relevista.

C) De carácter locativo: contrato de trabajo a distancia

Vinculado en su nacimiento al tránsito, durante el siglo xv, desde el trabajo artesanal al asalariado, el trabajo a domicilio no sólo llega hasta nuestros días, sino que ha experimentado contemporáneamente un cierto auge debido a la confluencia de dos causas principales: la paulatina descentralización productiva

que este tipo de trabajo comporta y la mayor facilidad que ofrece para conciliar la vida familiar y personal con la laboral.

La reforma laboral de 2012 ha procedido a una nueva regulación del contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET modificado por la LEMURMEL), comenzando por su denominación que ahora se atiene a la de «trabajo a distancia». Por lo que se refiere a la clase de trabajo regulado, este nuevo acomodo nominal es más certero que el anterior habida cuenta de las distintas posibilidades que las tecnologías de la comunicación y de la información brindan hace ya tiempo para realizar la prestación laboral fuera del centro de trabajo, de forma que no sólo puede ahora incluirse en la nueva modalidad el trabajo a domicilio, sino también el teletrabajo. Sin embargo, con la nueva designación se omite en el referido precepto toda referencia expresa al contrato de trabajo a distancia, que, pese ello, debe considerarse la denominación correcta dado el emplazamiento del artículo 13 ET en la sección 4.ª del título I, capítulo I, destinada a regular las «Modalidades del contrato de trabajo», al margen ahora de la corrección técnica de tal ubicación.

La característica vertebradora del trabajo a distancia, como antes lo fuera el prestado a domicilio, es de orden locativo, pues la prestación de la actividad laboral se realiza «de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa» (art. 13.1 ET). La nueva definición introduce un elemento de incertidumbre en la determinación del lugar de trabajo externo a la empresa con la expresión «de manera preponderante», sin que quede cuantificado el porcentaje mínimo de trabajo que delimita esta modalidad contractual. Por lo demás, la falta de esa actividad presencial y de la consiguiente vigilancia directa de la misma por el empresario o por el personal habilitado para ello, no debe interpretarse como abandono de la noción de dependencia en esta modalidad contractual, sino como modulación de la misma. Este acomodo supone inexigencia de las clásicas manifestaciones anudadas a la dependencia, como son el sometimiento en todo caso a un horario determinado o a un control directo e inmediato del trabajo. Basta, a estos efectos, que el trabajador esté sometido al poder directivo, organizativo y disciplinario del empleador (STS 17-5-1988), lo que implica que haya de sujetarse a sus instrucciones en aspectos tales como el modo de realización, la cantidad y clase de objetos elaborados o de actos realizados, el plazo de entrega o realización. No empece la existencia del contrato el hecho de que el trabajador se auxilie en su cometido laboral, de modo esporádico y accesorio, de otras personas (generalmente familiares), siempre que el núcleo básico de las tareas se desarrolle por el trabajador (STSJ/Cataluña de 9-1-1992), pues el carácter personal de la prestación de trabajo también es exigible en este contrato como en toda relación laboral asalariada (STS 12-9-1988). En este terreno, uno de los problemas básicos de esta modalidad reside en la dificultad jurisprudencial de delimitarlo claramente de ciertas prestaciones de civiles de servicios en las que el trabajo también se realiza a domicilio.

Las singularidades del régimen jurídico del anterior contrato de trabajo a domicilio condujeron en su momento al legislador, con mejor criterio técnico, a calificar la relación laboral que surge del mismo como especial [art. 3.1.*b*) LRL], siendo reformulada artificialmente más tarde para situar dicha figura en el ámbito de modalidades que del contrato de trabajo se contemplan en ET. La regulación de esas singularidades obedece a la idea central de garantizar unas condiciones de trabajo que se ajusten a las prescripciones exigidas de forma genérica por la normativa laboral, precisamente porque la actividad laboral no se presta en las instalaciones de la empresa y ello no significa que el empresario pueda hacer dejación del cumplimiento de sus obligaciones como sujeto del contrato.

La actual regulación ofrece un balance desequilibrado en la tutela legal del trabajador, considerando las garantías específicas que este tipo de trabajo exige, pues se suprimen algunas de orden formal en tanto se incorporan otras de contenido que no siempre suponen novedad normativa.

a) Garantías formales

a') Forma. Continúa exigiéndose la forma escrita, aunque referida al «acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia». Dicho acuerdo puede adoptarse al inicio del contrato o con posterioridad. Esta doble posibilidad significa que en el primer caso el contrato formalizado es de trabajo a distancia desde su celebración, en tanto que en el segundo supuesto se produce una novación contractual pactada de esta modalidad desde el contrato de trabajo común o especial inicialmente concertado, teniendo en cuenta que no todos los contratos de trabajo especiales pueden concertarse a distancia.

b') Copia básica del contrato. Se establece la aplicación de las reglas relativas a la copia básica del contrato de trabajo en el artículo 8.3 ET, lo que ya debía hacerse en cumplimiento de la obligación empresarial contemplada en este precepto de entregar copia de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, salvo los de alta dirección, a la representación legal de los trabajadores y a la oficina pública de empleo.

c') Supresión de requisitos formales del contrato:

- *El visado* de la oficina pública de empleo, que, atendiendo a su sentido de control de validez, no puede entenderse sustituido por la mera obligación general de comunicar a aquélla el contenido de los contratos de trabajo (art. 16 ET).
- La indicación del *lugar* en el que se realiza la prestación laboral, extremo relevante al estar vinculado, en la anterior regulación, con la exigencia de las correspondientes medidas de higiene y seguridad en el trabajo. Al no constar esta exigencia en el actual artículo 13 ET, la comunicación a la oficina pública de empleo del contenido del contrato no puede salvar su ausencia, puesto que ese contenido ha de referirse precisamente, entre otros datos, «a los requisitos específicos de cada modalidad contractual» (art. 3.2 RD 1.424/2002), sin que la indicación del lugar figure como uno de ellos para este contrato.
- *El documento de control de la actividad laboral*, cuya puesta a disposición del trabajador era obligada y con un contenido mínimo: nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario y entrega y recepción de objetos elaborados (art. 13.4 ET). Con este documento se pretendía suplir la ausencia o dificultad de control sindical sobre esta actividad laboral. Su actual supresión tampoco puede integrarse con la comunicación a la oficina pública de empleo del contenido del contrato, al no formar parte ya del mismo dicho documento y, por tanto, ser inexigible su constancia entre «los requisitos específicos de cada modalidad contractual». Ello supone dejar ahora a la autonomía de la voluntad la posible determinación del modo de control de la prestación laboral.

b) Garantías de contenido

a') Equiparación general de derechos. Con carácter general, se reconocen a los trabajadores a distancia los mismos derechos que correspondan a quienes prestan sus servicios «en el centro de trabajo de la empresa», salvo los derechos inherentes a la prestación laboral en el mismo de manera presencial. La expresión «en el centro de trabajo de la empresa» que utiliza el precepto reformado no es técnicamente afortunada porque existen trabajadores que no realizan en todo o en parte su prestación en el centro de trabajo y no por ello deja de considerarse su actividad laboral como presencial (por ejemplo, los representantes de comercio).

b') Especificación de ciertos derechos. Con la posible intención de clarificar los derechos que corresponden a los trabajadores a distancia por no ser inherentes a la prestación de trabajo presencial, el legislador especifica algunos de ellos en relación con determinadas materias. Por lo que respecta a los que se reconocen en el precepto reformado, atienden a dos vías de especificación: una adaptativa y otra de índole parcial.

a") Especificación adaptativa

- *Retribución.* Siguiendo la regulación precedente, se pretende evitar tratamientos retributivos discriminatorios, estableciendo el derecho del trabajador a distancia a percibir, al menos, «la retribución total establecida igual conforme a su grupo profesional y funciones». La única novedad significativa es aquí la sustitución de la anterior referencia a la categoría profesional por estos otros criterios clasificatorios, lo que resulta acorde con la supresión de la categoría en el sistema de clasificación profesional regulado por el artículo 22 ET [Capítulo 9, III, 2, C)].
- *Representación colectiva.* Se aplica la regla general en la materia al disponer que los trabajadores a distancia pueden ejercer los derechos de representación colectiva con arreglo a lo determinado en el ET. Ejercicio realmente dificultado por la falta de reglas concretas para esta clase de trabajo al amparo de lo previsto en la Disposición Final 3.ª ET. Con el objetivo de adaptación a la realidad del trabajo a distancia, se añade una regla organizativa en el sentido de que, a estos efectos representativos, los trabajadores a distancia deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

b") Especificación parcial. Aunque por esta vía se establecen ciertos deberes y derechos, su cumplimiento y satisfacción exigen desarrollos reglamentarios, por lo que la especificación es tan sólo parcial.

- *Promoción profesional.* Con la finalidad de favorecerla, se dispone de forma novedosa el deber empresarial de establecer los medios necesarios para asegurar el acceso de los trabajadores a distancia a la formación profesional continua.
- *Movilidad y promoción.* El favorecimiento de ambas justifica la incorporación del, también novedoso, deber empresarial de informar a los trabajadores a distancia de los puestos de trabajo vacantes para su desempeño presencial en los centros de trabajo.
- *Seguridad y salud en el trabajo.* De forma ociosa se reconoce a los trabajadores a distancia el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud con aplicación en todo caso de la LPRL. El reconocimiento es ocioso porque ya resulta de lo establecido por vía general en los artículos 19.1 ET y 14.1 LPRL. Pero, además, es incompleto, pues lo que precisa el trabajo a distancia es una específica regulación que contemple las particularidades de aquel derecho en esta clase de prestación laboral.

D) De pluralidad subjetiva: contrato de grupo, trabajo en común y auxiliar asociado

El rasgo común de las figuras incluidas en esta clasificación reposa en la configuración plural del sujeto trabajador, lo que significa que, ocupando esta posición subjetiva en la relación laboral, ha de haber al menos dos trabajadores. Su encuadramiento en el ET como modalidades del contrato de trabajo no es exacto, aun admitiendo la vaguedad de esta denominación estatutaria. Tan sólo encaja en la misma el contrato de grupo, constituyendo meras formas de organizar el trabajo los otros dos supuestos de pluralidad subjetiva (el trabajo en común y el auxiliar asociado). Desde este planteamiento, deben estudiarse las diferencias entre los distintos subtipos de figuras de trabajo con pluralidad subjetiva.

a) Contrato de trabajo de grupo

La característica básica que diferencia la modalidad del contrato de trabajo de grupo reside en que su concertación se realiza entre el empresario y «un grupo de trabajadores considerado en su totalidad» (art. 10.2 ET), de modo que existe una asunción colectiva de la obligación de trabajar mediante un único contrato de trabajo (STCT 9-1-1981). La naturaleza jurídica en la que el grupo debe encuadrarse es la de unión sin personalidad, en cuya virtud su capacidad queda ceñida a la formalización del referido contrato y a la formación de la voluntad del grupo en su desenvolvimiento contractual. De este rasgo nuclear

surgen otros dos, que doctrina y jurisprudencia han debido cincelar ante la exigua regulación estatutaria de la figura.

a') Consideración unitaria del grupo. Lo que, a su vez, comporta determinados efectos:

1.º La relación empresarial con el grupo. El empresario no tiene frente a cada uno de los miembros del grupo «los derechos y deberes que como tal le competen» (art. 10.2 ET), sino que esa posición jurídica se ostenta frente al grupo como unidad. Por lo tanto, los miembros del grupo no pueden plantear reclamaciones o ejercer individualmente acciones judiciales de carácter laboral frente al empresario, puesto que éste no establece relación laboral alguna con cada uno de dichos miembros sino una sola con grupo (STS 25-10-1988). Ese ejercicio corresponde encauzarlo al jefe de grupo.

Así, la extinción del contrato de trabajo se produce respecto del grupo y no individualmente. En este ámbito, la jurisprudencia, salvo alguna excepción (STCT 15-3-1975), rechaza que se pueda extinguir el contrato mediante despido dado que entre el empresario y el grupo sólo existe un único vínculo contractual, entendiendo más apropiado aludir al mecanismo de la facultad resolutoria del contrato. Sin embargo y salvo la excepción derivada de la sustitución de un miembro del grupo no consentida por el empresario y en cuya virtud éste puede resolver el contrato (*infra* 2.º), no habría inconveniente técnico para aplicar al contrato de grupo el régimen jurídico de algunas modalidades de despido colectivo (despido colectivo propio, despido objetivo plural y despido por fuerza mayor), considerando que los caracteres generales del despido [Capítulo 14, I, 1, C)] y los específicos propios de dichas modalidades (Capítulo 14, III, IV y V), pueden identificarse en determinadas causas de extinción de dicho contrato.

Por otra parte, debe señalarse que la posición unitaria del empresario frente al grupo no es absoluta, decayendo necesariamente respecto de sus obligaciones en materia de afiliación, en su caso, alta y cotización a la Seguridad Social, que deben de realizarse por aquél de forma individual para cada trabajador miembro del grupo.

2.º El mantenimiento de la autonomía del grupo en su constitución y sucesiva composición. La consideración del grupo como sujeto contratante unitario supone el control por su parte tanto de los miembros que lo constituyen como de las vicisitudes que acaezcan en la ejecución del contrato. A este respecto, debe distinguirse un doble grado de autonomía en función de lo convenido en el contrato. Un primer grado confiere una autonomía plena. Merced a ésta el grupo, amén de su constitución, controla también su composición, toda vez que el contrato se estipula sin tener en cuenta de modo específico la cualificación profesional de cada uno de los miembros que lo integran, bastando que el conjunto unitariamente considerado se entienda apto por el empresario para desempeñar la actividad laboral de que se trate. En este supuesto, la sustitución de alguno los miembros del grupo, por cualesquiera motivos, la realiza éste por sí mismo sin precisar consentimiento alguno del empresario, aunque deba comunicarle la sustitución a otros efectos (por ejemplo, de Seguridad Social o de ejercicio de ciertos derechos de carácter colectivo). Obsérvese que en este supuesto se diluye el carácter personal (*intuitu personae*) del contrato de trabajo, evidenciando que en el mismo puede existir subordinación o dependencia y faltar ese carácter, lo que permite concluir que la ejecución personal de la prestación no integra en todo caso uno de los presupuestos jurídicos de esa relación contractual.

En un segundo grado, la autonomía no desaparece pero resulta debilitada. Tal sucede cuando el grupo ha sido contratado en función de las cualidades profesionales de todos o de algunos de sus componentes, en cuyo caso la sustitución de alguno de sus miembros, por cualesquiera motivos, ha de ser propuesta por el grupo y consentida por el empresario, pues, de no ser así, éste puede ejercer la facultad resolutoria del contrato, lo que afecta, claro está, al grupo como unidad (STS 12-12-1978).

b') Representación del grupo. La asume el jefe de grupo, «respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación» (art. 10.2 ET). La necesidad de su existencia deriva, no sólo del imperativo legal («ostentará la representación»: art. 10.2 ET), sino también de la finalidad a la que obedece esta figura. No otra que la de atender los intereses comunes del grupo ante el empresario, habida cuenta de que los trabajadores no tienen establecida con éste relación laboral individual alguna, sino de índole grupal, lo que de forma indispensable exige la presencia y actuación del jefe de grupo (STCT 6-11-1984 y STS 2-10-1989). Ahora bien, este mandato representativo no debe confundirse con la representación colectiva de los trabajadores, sea unitaria o sindical. A diferencia de esta última, que es voluntaria y de amplia extensión material (participación en la empresa, negociación colectiva, promoción de conflictos colectivos…), el referido mandato es imperativo y tiene un contenido menor, girando en torno a funciones de carácter informativo a los miembros del grupo, de coordinación de su prestación laboral, del cobro y reparto del salario entre dichos miembros, así como de comunicación y planteamiento al empresario u otras instancias de las propuestas o reclamaciones del grupo.

Entre las obligaciones que corresponden al jefe de grupo ocupa lugar preeminente la relativa a la materia salarial. La obligación de retribuir el trabajo corresponde, desde luego, al empresario, pero en este contrato esa obligación se cumple respecto del grupo (STSJ/C. Valenciana 15-2-2007). De ahí que el pago de esa retribución lo haya realizar el empresario al jefe de grupo, quien, en el ejercicio de las mencionadas obligaciones, ha de distribuir su importe entre los trabajadores conforme se hubiera convenido.

El mandato representativo que el ET confiere al jefe de grupo no alcanza necesariamente al ejercicio del poder de mando, puesto que en modo alguno puede considerarse aquél como empresario de los restantes trabajadores del grupo (STS 21-12-1989), sino que también integra el grupo en su condición de trabajador, lo que permite diferenciarlo de cualquier otra figura de intermediación, laboral o no. No obstante, nada impide que el empresario delegue en el jefe de grupo, en todo o en parte, el poder de dirección (art. 20.1 ET), lo que no es infrecuente.

La canalización de las reclamaciones del grupo frente al empresario a través del jefe de grupo puede dificultar ciertamente esas acciones cuando el jefe de grupo se niegue a encauzarlas o demore su ejercicio perjudicando, en su caso, los plazos hábiles para ello. Piénsese, por ejemplo, en la disconformidad de uno o varios trabajadores del grupo con la realización de horas extraordinarias que el empresario impone al grupo sin haber sido pactadas, rehusando el jefe de grupo reclamar ante el empresario o ante el órgano, administrativo o judicial, que proceda. Existe desde luego la posibilidad de remover en su cargo al jefe de grupo y designar a otro, pero para ello es necesario el acuerdo del propio grupo, que no siempre será posible alcanzar o lograrlo en término hábil. La solución más adecuada para superar ese obstáculo estriba en utilizar la vía del contrato individual de trabajo con cada miembro del grupo. Este cauce es sin duda compatible con la finalidad del contrato de grupo, dirigida a satisfacer las exigencias de la actividad laboral cuando éstas requieren la actuación conjunta de un colectivo de trabajadores para un mismo empresario (típicamente las actividades textiles, agrícolas o artísticas). Es el caso, por modo ejemplar, de los profesores de la Orquesta Nacional de España que no tengan la condición de funcionarios, los cuales, cuando actúan conjuntamente en dicha agrupación musical, han de formalizar individualmente, según su distinta categoría profesional, el contrato de trabajo especial de artistas, sin que se permita el recurso a otra modalidad contractual (arts. 4 y 12 RD 1.245/2002, de 29 de noviembre). De este modo, se evita adicionalmente la utilización fraudulenta del contrato de grupo que, pese a su declinante uso, sirve con cierta asiduidad para disimular la existencia de contratos individuales de trabajo y eludir sus consecuencias jurídicas (STSJ/I. Canarias, Las Palmas, de 26-11-1999).

b) Trabajo en común

Es facultad del empresario «dar un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores» (art. 10.1 ET). Esta caracterización legal evidencia que no se está aquí ante ninguna modalidad de contrato de trabajo, sino

ante una forma de organizar la actividad laboral fundada en el poder directivo del empresario [arts. 5.*c*) y 20.1 ET]. Se encomienda así un mismo cometido a una pluralidad de trabajadores, cada uno de los cuales tenía ya concertado con el empresario un contrato de trabajo. Esta vinculación individual explica que el empresario mantenga respecto de cada trabajador «sus derechos y deberes» (art. 10.1 ET) y que no se formalice ningún nuevo contrato en razón del trabajo en común encomendado. La relación contractual de cada trabajador puede experimentar ciertamente las vicisitudes propias de la misma, pero al margen del trabajo en común, ya que éste no las comporta de modo necesario. Por ejemplo, un trabajador del equipo puede ser despedido sin que ello afecte a la continuidad del trabajo en común, e, inversamente, el trabajo en común puede finalizar sin que este hecho suponga extinción de las preexistentes relaciones laborales de los trabajadores que lo realizaban.

La existencia del jefe de equipo no es obligada aquí como sucede con el contrato de grupo, lo que no significa que no pueda existir, en este caso por designación del empresario, pero sin que, en virtud de la misma, ostente aquél poder alguno de representación del equipo, pues cada trabajador deberá cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos directamente respecto del empresario y sin intermediación alguna de esa jefatura, caso de existir. Tampoco prevé la norma estatutaria que el posible jefe de equipo haya de ejercer el poder directivo respecto del trabajo en común, como establecía con carácter imperativo el artículo 17 LCT «a los efectos del orden y la seguridad del trabajo», pero ninguna excepción puede invocarse con éxito para negar ahora esa posibilidad por delegación del empresario (art. 20.1 ET).

Es frecuente en el trabajo en común que la cuantía del salario sea global (STS 27-12-1985) en relación con el mayor rendimiento que se establezca al respecto. La fijación de ese salario conjunto no impide que cada trabajador ostente el derecho a la retribución individualizada que al empresario corresponde satisfacer mediante el cálculo singular que se haya pactado.

c) Auxiliar asociado

El laconismo regulador del ET en los contratos de pluralidad subjetiva llega a su máxima expresión con esta figura, al disponer que «Si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo a un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste» (art. 10.3 ET). La catalogación que mejor conviene a esta figura es la de subtipo del contrato de grupo.

Debe enmarcarse, en efecto, en el contrato de grupo porque, como sucede en éste, aquí sólo se formaliza por el empresario un único contrato con el auxiliado o trabajador principal y con el auxiliar. Hay que reparar en que la norma utiliza el verbo asociar y no contratar, lo que denota la incorporación, inicial o posterior, del auxiliar a un único vínculo contractual de trabajo y no la formalización de dos contratos. Añádase a ello que, en consecuencia, el ET considera que el empresario lo es de ambos trabajadores, sin que en este caso nada se establezca sobre la conservación por aquél, respecto de cada uno de éstos, de sus derechos y deberes, como sucede con el trabajo en común.

Ahora bien, se trata de un subtipo del contrato de grupo porque su regulación contiene dos destacadas peculiaridades respecto de ese contrato. La primera de ellas se refiere a los efectos aparejados al incumplimiento de la forma escrita exigida para poder incorporar al auxiliar. No hay criterio pacífico al respecto en los pronunciamientos judiciales. Aisladamente, alguno ha sostenido que esa forma es constitutiva o *ad solemnitatem*, de modo que su falta supone la invalidez de la incorporación del asociado a la relación laboral (STSJ/Baleares 3-4-1993). Otra línea considera que la inexistencia de pacto escrito no afecta a la validez de la relación, pues las partes, conforme al artículo 8.4 ET, pueden compelerse en cualquier momento de la misma a formalizar por escrito el contrato (STS 22-12-1998, SSTSJ/Canarias de 27-7-1995 y Cataluña 11-3-2005). Este segundo criterio encuentra mayor fundamento en el principio de libertad de forma que preside la contratación laboral, aunque presenta el inconveniente de que utiliza una interpretación extensiva del citado artículo 8.4 ET, entendiendo que la referencia al contrato contenida en el artículo 8.4 ET también incluye a los pactos singulares que puedan estipularse. No obstante, la aplicación de dicho criterio

ha de ser exceptuada en el infrecuente supuesto en que, además de no haberse formalizado por escrito la incorporación del asociado, el empleador desconozca que la misma se ha producido, ya que, de ser así, no ostentará dicha condición respecto del asociado, sin que tampoco deba asumir una responsabilidad objetiva que la regulación estatutaria de esta figura no permite inferir, al estar concebida en esencia para evitar la interposición fraudulenta de terceros insolventes entre el empresario y sus trabajadores. En tal caso, el trabajador principal habrá de responder frente al asociado de las consecuencias de esa incorporación.

Se haya o no formalizado por escrito tal incorporación, la libertad de elección absoluta del auxiliar por parte del trabajador principal es una manifestación «propia del arrendamiento de servicios» (STS 20-7-1999), con exclusión, por tanto de esta figura laboral.

La segunda peculiaridad alude a los efectos del cese definitivo o del incumplimiento contractual de uno de los trabajadores en la continuidad de la prestación laboral del otro. Perteneciendo esta figura al contrato de grupo, nada obsta a la sustitución del trabajador que cesa, siempre que sea consentida por el empresario. Si no lo es, quedaría resuelto el contrato, impidiéndose así de plano su posible novación con el otro trabajador.

II. FIGURAS CONTRACTUALES DIFERENCIADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

La delimitación del contrato de trabajo en su concepto, función y estructura tiene una importancia práctica indudable a fin de poder deslindarlo de figuras contractuales de prestación de servicios que guardan cierta proximidad con aquél. Junto a ello, ese deslinde es también necesario porque con relativa frecuencia se acude a figuras contractuales cercanas al contrato de trabajo, bien a fin de eludir la mayor garantía que para el trabajador supone la aplicación de la normativa laboral, bien para utilizarlas rectamente, sin que exista ánimo defraudatorio. De aquí que en las relaciones contractuales colindantes con el contrato de trabajo pueden distinguirse dos bloques de figuras.

De un lado, aquellas cuya diferencia jurídica con el contrato de trabajo se ha establecido de un modo nominal o formal, ya que, si bien la norma las desgaja de dicho contrato, realmente encajan en los parámetros conceptuales y legales del mismo. Se trata de una actuación normativa centrífuga y, en ocasiones, jurisprudencial, que facilita considerablemente la elusión de la legislación laboral, dando lugar, sobre todo, al fenómeno de los falsos autónomos. De otro, se sitúan las figuras cuyo perfil conceptual y normativo obedece realmente a criterios técnicos ajenos a la relación de trabajo asalariado, sin perjuicio de que la regulación de algunas de ellas esté inspirada en la normativa laboral, de que, eventualmente, puedan ser utilizadas para disimular auténticos contratos de trabajo y de que, en determinados aspectos, dicha normativa les pueda ser aplicada.

1. Figuras contractuales con diferencia formal

A) Arrendamiento de servicios

El arrendamiento de servicios (arts. 1.544 y 1.583 a 1.587 CC) tiene una intrínseca dimensión laboral derivada de su condición de antecedente histórico del contrato de trabajo [Capítulo 1, II, 3, B)], sustituido por éste cuando la legislación laboral adquiere cierta autonomía. La jurisprudencia ha fijado la distinción del primero respecto del segundo en el presupuesto jurídico de la dependencia, de forma que quien presta sus servicios a otro por precio cierto no lo hace con sujeción al poder directivo del empleador y bajo la subordinación propia del trabajo asalariado, sino mediante arrendamiento de servicios, relación contractual que permite al arrendatario organizar su trabajo con plena autonomía sin estar sujeto a las órdenes e instrucciones del arrendador (STS 16-7-1984). El arrendamiento de servicios se aplica básicamente a los profesionales liberales que desean mantener su independencia organizativa, lo que también interesa

al empleador, que así se libera de las obligaciones y responsabilidades consiguientes a la concertación de un contrato de trabajo. Con todo, existe una acusada dificultad práctica para establecer con claridad la distinción de ambas figuras como consecuencia tanto de su sustancial identidad histórica como de las intensas modificaciones habidas en los criterios empresariales de organización del trabajo, que han acarreado, a su vez, la flexibilización judicial del presupuesto jurídico de la dependencia o subordinación en el trabajo asalariado, lo que hace en buena medida artificial el trazado jurídico de esa distinción. Si a ello se añade la utilización fraudulenta de este tipo de arrendamiento, la solución más respetuosa con el principio de seguridad sería encauzar esta prestación de servicios no asalariada a través del arrendamiento de obra, figura que cumple una función real en el intercambio jurídico de trabajo por remuneración y que puede diferenciarse conceptualmente con mayor facilidad del contrato de trabajo.

B) Trabajo autónomo con dependencia económica

La calificación legal de TRADE se elabora a partir de una doble noción, genérica y específica. Desde una perspectiva genérica, el TRADE comparte la noción que la norma proporciona del trabajador autónomo de régimen común, incluyendo en esta condición a «las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona una actividad económica o profesional a título lucrativo (art. 1.1 LETA), siempre que no den ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Por consiguiente, los autónomos que tienen la condición de empresarios no pueden considerarse al tiempo trabajadores, de forma que se les aplica el ordenamiento laboral pero en tanto que empleadores. El trabajador autónomo de régimen común está sujeto al ordenamiento civil, mercantil o administrativo, sin perjuicio de que se le apliquen aquellas normas laborales que expresamente lo dispongan [Capítulo 1, I, 1, C)]. Al quedar prácticamente al margen del ordenamiento laboral, este tipo de trabajo no puede recibir la reforzada protección que deriva de esa normativa aunque la posición de quien lo ejerce sea semejante en la estructura social a la del trabajador asalariado.

Además de reunir los rasgos propios del autónomo de régimen común, el perfil jurídico del TRADE se caracteriza por prestar sus servicios a una persona, física o jurídica, denominada cliente, de quien depende en el sentido económico, porque percibe de éste, como mínimo, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales, teniendo en cuenta que sólo puede ostentar esa dependencia económica respecto de un único cliente (arts. 11.1 y 12.2 LETA). Esta exclusividad provoca que el TRADE, aunque se configure nominalmente por la LETA como una clase de trabajador autónomo, se sitúe prácticamente en un plano semejante al trabajador asalariado. Esa exclusividad ha de entenderse referida al cliente, ya que nada impide que el TRADE complete sus ingresos hasta el 100 por 100 mediante otras prestaciones de servicios como autónomo común o como asalariado. Pero esta posibilidad de pluriempleo no es distinta de la que dispone el trabajador sujeto del contrato de trabajo, quien, salvo pacto de exclusividad, pueden contratar su actividad laboral para varios empleadores siempre que se respeten los tiempos de descanso entre jornadas.

Como acaba de señalarse, la mayor parte de las normas aplicables al régimen profesional del TRADE no tienen carácter laboral, integrándose dicho régimen mediante la LETA, las legislaciones específicas de la correspondiente actividad profesional, la normativa común sobre contratación civil, mercantil y administrativa, los pactos individuales, los usos y costumbres locales y profesionales y los acuerdos de interés profesional (art. 3.1 y 2 LETA). Pese a ello, la LETA introduce una mayor protección para el TRADE en relación con el autónomo de régimen común con la finalidad de equipararla a la establecida para el trabajador asalariado. Sin embargo, tal protección no alcanza un nivel de intensidad semejante al que dispone el trabajador asalariado. Desde la óptica del trabajo dependiente, esta menor protección es difícilmente justificable habida cuenta de la más intensa dependencia económica con que se ha diseñado la figura del TRADE respecto del trabajador autónomo de régimen común. Un tratamiento de mayor contenido tuitivo hubiera sido jurídicamente factible, superando la nominal catalogación del TRADE y regulando dicha

figura como una relación laboral de carácter especial, posibilidad que cuenta con fundamento normativo suficiente en el artículo 35.2 CE y en la doctrina constitucional.

C) Agencia

En virtud del contrato de agencia «una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones» (art. 1 LCA).

De esta noción deriva una cierta dificultad para establecer la distinción entre el contrato de agencia y el contrato de trabajo. En verdad, la dificultad en la calificación se allana cuando el agente es una persona jurídica y/o cuando su retribución se establece únicamente a comisión, ya que estas circunstancias son incompatibles con algunos presupuestos básicos del contrato de trabajo. Pero la dificultad permanece, ya que, según esa noción, el agente trabaja por cuenta ajena en sentido jurídico-laboral, esto es, «sin asumir el riesgo y ventura de tal operación», salvo que se pacte lo contrario, en cuyo caso el obstáculo para la distinción también desaparece. La dificultad se amplía a la materia retributiva, dado que en el contrato de agencia la remuneración puede consistir en una cantidad fija, en una cantidad fija y otra a comisión, o únicamente en una comisión (art. 11 LCA). Las dos primeras posibilidades pueden identificarse con el salario, al suponer éste garantía de percepción fija, ya sea en su integridad, ya sea parcialmente (el SMI o el superior pactado).

La norma resuelve estos obstáculos para distinguir el contrato de agencia del contrato de trabajo, diluyendo la relación causal que se establece entre dependencia y ajenidad en este último. Con esa finalidad, la citada noción califica primero al agente como «intermediario independiente». En consecuencia, no considera agentes a «los representantes y viajantes de comercio dependientes, ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan» (art. 2.1 LCA), presumiéndose «que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios» (art. 2.2 LCA). Por tanto, el objeto del contrato de agencia (realización de actos u operaciones de comercio) no es concluyente para calificar la relación, ya que ese objeto puede integrar también el propio del contrato de trabajo, como ya se estudió [Capítulo 1, I, 1, C)]. Lo definitorio a estos efectos es la autonomía organizativa del agente, de modo que quede excluida la dependencia propia del trabajo asalariado a pesar de que, de forma contradictoria, pueda apreciarse en su relación de agencia la ajenidad y la retribución salarial propias del contrato de trabajo. Quebrando artificialmente aquella relación causal entre dependencia y ajenidad, la norma facilita la existencia legalizada de falsos autónomos, porque la usual mayor debilidad de la posición contractual del agente persona física frente a la entidad que le contrata limitará de forma considerable su posible opción por el contrato de trabajo y el mayor nivel tuitivo que este le brinda.

D) Aparcería

La definición legal del contrato de aparcería no sugiere, en principio, proximidad conceptual con el contrato de trabajo, ya que en el primero «el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones» (art. 28.1 Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos). A partir de esta noción, la inexistencia de contrato de trabajo

parece confirmarse. De un lado, porque falta la dependencia, pues el arrendatario «tiene derecho a determinar el tipo de cultivo» (art. 8.1 Ley 49/2003). De otro, considerando que no se establece un salario, sino la fijación de una renta que «será la que libremente estipulen las partes» (art. 13.1 Ley 49/2003).

Sucede, sin embargo, que en el contrato de trabajo, y en algunos sectores de la producción (agrícola, marítimo-pesquero…), existe una modalidad de retribución salarial en cuya virtud el trabajador es remunerado «a la parte», es decir, con una parte o fracción del producto obtenido o su valor equivalente. A fin de deslindar esta relación del contrato civil de aparcería, la norma presume «que el contrato de aparcería no comprende relación laboral alguna entre cedente y cesionario» (art. 28.2 Ley 49/2009). Pero se trata de una presunción que admite pacto expreso en contrario y la aplicación de la legislación correspondiente (art. 28.2 Ley 49/2009), no otra que la legislación laboral. Esta libre opción entre el contrato de aparcería y el contrato de trabajo muestra a las claras que, por razones de oportunidad, la norma ofrece la posibilidad de que una misma clase de trabajo pueda ser susceptible de someterse a tipos contractuales regidos por distintos ordenamientos, dejando la opción a las partes de la relación contractual. Ello es doblemente censurable. Primero porque revela el carácter meramente formal del contrato de aparcería respecto del contrato de trabajo, pues la utilización de uno u otro no depende de la naturaleza jurídica de estas figuras, sino de la elección que las partes efectúen para encuadrar la prestación laboral. Segundo porque, de ordinario, no existe la necesaria igualdad material entre éstas a fin de que el trabajador pueda proponer con éxito la celebración de un contrato de trabajo.

En el caso de que dicho pacto expreso no se concierte, la norma considera, ahora con carácter imperativo, la relación contractual como asalariada cuando «el aparcero aporte únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 por 100 del valor total. En este supuesto, deberá serle garantizado al aparcero el salario mínimo que corresponda al tiempo de la actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto del contrato y cumplirse, en general, lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social» (art. 30 Ley 49/2009). La garantía del salario mínimo implica ajenidad laboral y la consiguiente existencia de contrato de trabajo, por lo que debe aplicarse la normativa sociolaboral.

2. Figuras contractuales con diferencia real

A) Arrendamiento de obra

De modo diverso a lo que sucede con el arrendamiento de servicios, el arrendamiento de obra es distinguible técnicamente del contrato de trabajo. Es cierto que en el arrendamiento de obra existen determinadas formas de dependencia y ajenidad que pueden dificultar la distinción. Así, se advierte cierto grado de dependencia en la determinación de la obra por el comitente (características, calidad de los materiales…), en la fijación por el comitente de un plazo de entrega, en el sometimiento del contratista a las modificaciones posteriores de la obra señaladas por el comitente cuando se hayan pactado previamente (art. 1.255 CC) o en el poder de verificación del resultado de la obra por el comitente, que le faculta para rehusarla cuando así se haya convenido (art. 1.598 CC). No obstante, ninguno de estos indicios de dependencia puede confundirse con la que opera en el contrato de trabajo, pues en éste la dependencia implica subordinación del trabajador en la realización de su prestación laboral a las órdenes e instrucciones del empleador cualquiera que sea el grado de autonomía de que el trabajador disponga, en tanto que en el arrendamiento de obra la dirección del trabajo corresponde al contratista sin más limitación que sujetarse a las condiciones pactadas.

Así también, podría advertirse en el arrendamiento de obra una determinada forma de ajenidad en tanto que el resultado del trabajo se atribuye a persona distinta de aquella que lo realiza. Sin embargo, no se trata de la ajenidad propia del trabajo asalariado [Capítulo 1, I, 1, C)] sino de la alteridad, pues se trabaja para otro pero no por cuenta de otro. El objeto de la obligación del contratista es una deuda de

resultado y no de actividad como sucede en el contrato de trabajo. En consecuencia, el dueño o comitente no adquiere previa e inicialmente los frutos de la obra (ajenidad en los frutos consustancial al contrato de trabajo), sino que dicha adquisición tiene lugar mediante un acto de transmisión posterior a su producción. Ello explica que el comitente no asuma los riesgos de la obra hasta que esa transmisión se realiza, ya que la destrucción de la obra la sufre el contratista si la misma perece antes de haber sido entregada y no ha existido mora en la recepción (arts. 1.589 y 1.590 CC).

B) Sociedad

La distinción del contrato de sociedad respecto del contrato de trabajo no presenta dificultades técnicas. Ante todo, atendiendo a la causa del contrato de sociedad, que es asociativa y consiste en la puesta en común de un bien (dinero o industria) a fin de alcanzar una finalidad lucrativa, esto es, la obtención y el reparto de ganancias (arts. 1.665 CC y 116 CCo). En el contrato de trabajo, aunque la faceta de colaboración de las partes está también presente [de modo señalado en el recíproco deber de buena fe y en el deber de diligencia por parte del trabajador: arts. 5.*a*) y 20.2 ET], la causa es cambiaria, pues se presta el trabajo a cambio de un salario, lo que explica que el carácter patrimonial-cambiario de la relación origine los deberes de colaboración de las partes y no a la inversa.

La consecuencia inmediata de la mencionada distinción causal es que en el contrato de sociedad, y en virtud de la comunidad de riesgos, los socios participan de las pérdidas y de las ganancias. La posible exclusión del socio industrial de las pérdidas (art. 141 CCo) no implica garantía de un ingreso mínimo, sino únicamente liberación de responsabilidad en el supuesto de que existan pérdidas, lo que es incompatible con la ajenidad en los riesgos para el trabajador en el marco del contrato de trabajo. Adicionalmente, adviértase que en el contrato de sociedad los socios asumen una comunidad de gestión que conlleva una situación jurídica de igualdad no identificable con la posición de dependencia que el trabajador asume en el contrato de trabajo.

Por consiguiente, en el contrato de sociedad no pueden apreciarse, con igual alcance, los presupuestos de dependencia y ajenidad propios del contrato de trabajo. Incluso en el caso de que el socio aporte también su trabajo, puesto que efectúa esta prestación laboral para una empresa de la que es parcialmente titular. Esta relación jurídica societaria se mantiene también en aquellos supuestos más cercanos a la legislación laboral, como sucede con las cooperativas de trabajo asociado. El objeto de esta clase de sociedades cooperativas no es el lucro —en coherencia con su carácter no mercantil, *ex* art. 124 CCo—, sino «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros», sin que tal objeto modifique la relación jurídica de los socios con la cooperativa, que es societaria (art. 80.1 LC). El carácter societario de dicha relación permanece formalmente aunque gran parte de su contenido acoja reglas claramente inspiradas en la legislación laboral (tales como la admisión al trabajo, la capacidad para contratar o las retribuciones). No obstante y considerando el carácter no mercantil de esta clase de cooperativas, ha de estimarse más coherente someter la relación de sus socios trabajadores con la cooperativa a la legislación laboral por la vía que ofrece la Disposición Final 1.ª ET, más allá por tanto de los específicos aspectos de la misma que ya se les aplican (por ejemplo, en materia de ayudas al empleo). En este sentido no puede desconocerse que el carácter autónomo de su prestación de servicios está modulado por la existencia de un cierto grado de dependencia funcional y de ajenidad respecto de la cooperativa, en cuanto que ésta se configura como persona jurídica diferenciada de la física de cada socio que la integra, como indirectamente se reconoce mediante el doble cauce procesal de solución de conflictos jurídicos que rige en la actualidad. Por una parte, sometiendo a la jurisdicción social los que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores en su condición de tales (art. 87.1 LC). De otra, atribuyendo a la jurisdicción civil el conocimiento de los planteados en virtud de las relaciones que en calidad de socios establecen con la cooperativa y, que, por ello, no derivan de la relación de trabajo (art. 87.2 LC).

La coexistencia entre el contrato de trabajo y el contrato de sociedad no es, por lo demás, anecdótica, dado que la cualidad de socio puede compaginarse legalmente con la de trabajador asalariado en determinados casos. En principio, ambas son compatibles en las sociedades de capital. Las sociedades laborales suministran un ejemplo inmejorable de esa compatibilidad por razones de promoción social, pues su catalogación normativa comprende las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa y cuya relación laboral tenga duración indefinida (art. 1 LSL). Esta compatibilidad entre contrato de trabajo y contrato de sociedad está limitada en este supuesto a fin de evitar un desequilibrio acusado de la participación del socio en el capital social, de modo que ninguno de ellos «podrá poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que se trate de sociedades laborales participadas por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales o las sociedades públicas participadas por cualquiera de tales instituciones, en cuyo caso la participación de las entidades públicas podrá superar dicho límite, sin alcanzar el 50 por 100 del capital social. Igual porcentaje podrán ostentar las asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro» (art. 5.3 LSL).

Adicionalmente, y al margen de este tipo de sociedades laborales, debe señalarse que, como ya se estudió, en el caso de que exista integración en un cargo de la sociedad mercantil (administrador o consejero) la compatibilidad sólo es admitida cuando en la relación laboral se desempeñen trabajos ordinarios no vinculados a dicho cargo, siendo la incompatibilidad plena entre el desempeño de tal cargo y el contrato de trabajo de alta dirección, ya que en ambos puestos se ejercen las mismas funciones de máximo nivel de gestión y administración de la empresa [Capítulo 1, I, 1, C)].

C) Mandato

La caracterización jurídica del mandato permite deslindarlo con claridad del contrato de trabajo. Definido legalmente como aquel contrato en cuya virtud una persona se obliga «a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra» (art. 1.709 CC), una primera distinción básica respecto de la relación contractual de trabajo viene dada por el objeto del mandato, ceñido únicamente a la realización de actos o negocios jurídicos (arts. 1.712 y 1.713 CC), lo que restringe de forma acentuada la mayor amplitud del objeto del contrato de trabajo. De esa esencial diferencia derivan las restantes. En primer lugar, la falta de dependencia en el mandato, toda vez que en éste las instrucciones del mandante pueden no existir (art. 1.719 CC), ausencia completa que en ningún caso puede darse en el contrato de trabajo por mucho que el presupuesto de la dependencia admita distintos grados en razón de las funciones que realice el trabajador. Consecuente con ello, y en segundo término, falta asimismo en el mandato la ajenidad laboral y la retribución salarial conexa, ya que dicho contrato se presume gratuito a falta de pacto expreso y salvo que el mandatario desempeñe habitualmente los servicios de la clase a que se refiera el mandato (art. 1.711 CC).

D) Comisión

El contrato de comisión es la forma mercantil que reviste el mandato. En semejantes términos a los que acaban de indicarse para este último, es también factible distinguir el contrato de comisión del contrato de trabajo. Las diferencias derivan de una doble característica esencial de la comisión (art. 244 CCo). De un lado, su objeto, ya que el mandato tiene la cualidad de comisión mercantil cuando su objeto social sea «un acto u operación de comercio». De otro, los sujetos, pues el comitente o el comisionista han de ser necesariamente comerciantes. La lejanía conceptual y normativa con el objeto y sujetos del contrato de trabajo resulta evidente.

El corolario de ese alejamiento se manifiesta también en la falta de dependencia y ajenidad laborales de la comisión. Aunque pueda apreciarse en ésta un cierto grado de dependencia al estar obligado el comi-

sionista a seguir las instrucciones del comitente (art. 254 CCo), debe señalarse en primer lugar, que éstas pueden faltar cuando el comisionista «estuviere autorizado para obrar a su arbitrio» (art. 255 CCo), y, en segundo término, que, en el caso de que tales instrucciones existan, de su incumplimiento sin causa legal no se sigue responsabilidad disciplinaria alguna como acontece en el contrato de trabajo, sino únicamente la exigencia de responsabilidad por los daños que sobrevengan al comitente (art. 252 CCo).

Al igual que sucede con el mandato, la ajenidad laboral contrasta también con la posible gratuidad de la comisión. Cierto es que corresponde al comitente abonar al comisionista «el premio de la comisión» cuando se haya convenido retribución, pero no cabe desconocer que se admite también pacto en contrario a este respecto (art. 277 CCo), lo que abre la posibilidad de que la comisión pueda celebrarse a título gratuito, con independencia de que ello sea infrecuente.

E) Transporte

El contrato de transporte de mercancías guarda algunas semejanzas con el contrato de trabajo, pues queda identificado como «aquel por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato» (art. 2.1 Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías). Existe, por tanto, en esta figura, un intercambio de trabajo que se realiza para otro a cambio de remuneración, y con cierto grado de dependencia, por ejemplo entregar las mercancías al destinatario en el lugar y plazo pactados en el contrato (art. 33.1 Ley 15/2009).

Las semejanzas finalizan cuando se tiene en cuenta que la figura contractual del transporte de mercancías es una modalidad del arrendamiento o contrato de obra, ya que la obligación principal del porteador es una deuda de resultado y no de actividad como sucede en el contrato de trabajo, de suerte que, como regla general, es el porteador y no el cargador quien asume los riesgos del transporte respondiendo «de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino…», así como «de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte» (art. 47.1 Ley 15/2009), salvo en los supuestos de culpa del cargador o destinatario, de instrucción de éstos no motivada en una acción negligente del porteador, de vicio propio de las mercancías o de circunstancias o consecuencias de imposible evitación o impedimento por el porteador (art. 48.1 Ley 15/2009).

Asimismo, la amplitud de la autonomía organizativa del porteador no es compaginable con la dependencia laboral, puesto que aquél está facultado para llevar a cabo el transporte «por sus propios medios o contratar su realización con otros sujetos» (art. 4.2 Ley 15/2009).

Con todo, la existencia de pequeños transportistas cercanos sociológicamente al trabajo asalariado aconsejó razonablemente al legislador considerar como relación de trabajo asalariado la prestación del servicio de transporte con vehícu-los de capacidad de carga inferior a dos toneladas, aunque el vehículo fuera propiedad de quien lo presta, dada la menor entidad de ese medio de trabajo y el sometimiento del trabajador a instrucciones de la empresa en la realización del trabajo [Capítulo 1, I, 1, C)].

BIBLIOGRAFÍA

I. Clases de contrato de trabajo

Albiol Montesisnos, I.: *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Valencia, 1994.

Alonso Olea, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1955.

Alzaga Ruiz, I.: *La relación laboral de los artistas*, Madrid, 2001.

Ballester Pastor, I.: *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, Valencia, 1998.

Barreiro González, G.: *La sustitución del trabajador con derecho a reserva. El contrato de interinidad*, Madrid, 1986.

Cairós Barreto, D. M: *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil*, Valladolid, 2004.

Camps Ruiz, L.: *La contratación laboral temporal*, Valencia, 1995.

Cardenal Carro, M.: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Murcia, 1996.

Casas Baamonde, M. E., y Valdés Dal-Ré, F.: «Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España», *RL*, 1989-I.

—: *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Valladolid, 2000.

Cruz Villalón, J.: «El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)», *REDT*, n.º 100/2000.

—: «El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984», *RL*, 1985-I.

Cueva Puente, M. C.: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Valladolid, 2005.

De la Villa Gil, L. E.: *El trabajo a domicilio*, Pamplona, 1966.

Del Rey Guanter, S. (coord.): *La relación laboral especial de los abogados en despachos individuales y colectivos*, Madrid, 1008.

Esteban Legarreta, R., y Martínez Abascal, V. A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *Tribuna Social*, n.º 91/1998.

Fernández Ártiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia, 2006.

Ferreiro Galguera, J.: *Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución Española*, Barcelona, 2004.

García Ortega, J.: *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Barcelona, 1990.

González del Rey Rodríguez, I.: *El trabajo a tiempo parcial*, Pamplona, 2006.

Huertas Bartolomé, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Madrid, 1991.

Landa Zapiraín, *et al.*: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1983.

Lopera Castillejo, M. J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que interviene en operaciones mercantiles*, Madrid, 1990.

Martín Valverde, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AAVV: *Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990.

Martínez Abascal, V. A.: «El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico», *REDT*, n.º 36/1988.

—: «La contratación coyuntural en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo», *AL*, n.º 2/1990.

—: «La nueva ordenación del trabajo a tiempo parcial», en AAVV: *Nuevo marco de relaciones laborales*, Barcelona, 1995.

—: «Trabajadores fijos períodos y fijos discontinuos», en Camps Ruiz, L. M.; Ramírez Martínez, J. M., y Sala Franco T. (coords.): *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, 2010.

—: «El contrato temporal de fomento del empleo», en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Granada, 2010.

—: «La contratación temporal de estructura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el artículo 15.1 del ET». En AA.VV: *Homenaje al Profesor Antonio Martín Valverde*. Madrid, 2015.

Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E.: «Los soportes jurídicos de la flexibilidad del mercado de trabajo en el ámbito de la contratación temporal», en AAVV: *Transformaciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Barcelona, 1991.
Martínez Emperador, R.: *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid, 1983.
Martínez Moreno, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid, 1993.
Monreal Bringsvaerd, E.: *Relación especial de residente sanitario*, Madrid, 2009.
Montoya Melgar, A.: «La estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones», *REDT*, n.º 10/1982.
—: «La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio», *RMTAS*, n.º 33/2001.
Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*. Barcelona, 2015.
Ojeda Avilés, A. (coord.). *Modalidades de contrato de trabajo*, Madrid, 2003.
Ojeda Avilés, A., y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006.
Pérez Amorós, F.: «Confusión y deslinde de los conceptos de contrato eventual y contrato fijo periódico y discontinuo», *AL*, n.º 42/1985.
Pérez Rey, J.: *Estabilidad en el empleo*, Madrid, 2004.
Prados de Reyes, F. J.: *El contrato de aprendizaje*, Granada, 1979.
Quesada Segura, R.: *El contrato de servicio doméstico*, Madrid, 1991.
Revilla Esteve, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Pamplona, 2003.
Rodríguez Piñero, M.: *El auxiliar asociado*, Sevilla, 1960.
Rodríguez Ramos, P.: *La relación especial de los estibadores portuarios*, Madrid, 1997.
Román de la Torre, M. D.: *La prorroga de la contratación temporal*, Madrid, 1988.
Sánchez Trigueros, C.: *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Murcia, 1996.
Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo*, Madrid, 2011.
Valdés Dal-Ré, F., y Lahera Forteza, J.: *La precariedad laboral en España*, Granada, 2004.

II. Figuras contractuales diferenciadas del contrato de trabajo

AAVV: «El contrato de trabajo y sus fronteras», *RMTI*, n.º 83/2009.
García Murcia, J.: *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Pamplona, 2007.
Guerrero Vizuete, E.: «La (¿acertada?) regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Análisis del artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo», *AS*, n.º 20/2010.
Guerrero Vizuete, E.: *El trabajador autónomo dependiente económicamente. Un estudio jurídico laboral*. Valladolid, 2012.
López Gandía, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999.
Martín Valverde, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AAVV: *Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990.
—: Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho Comunitario Europeo», en Cruz Villalón, J. (ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999.
—: «Fronteras y "zonas grises" del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)», en AAVV: *El contrato de trabajo y sus fronteras, RMTI* (monográfico) n.º 83/2009.
Martínez Abascal, V. A.: «El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo (I)», *AS*, n.º 2/2008.
Monereo Pérez, J. L.: «El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación», *AS*, I y II, n.os 4 y 5/2009.
Nogler, L.: «El trabajo asociado: delimitación y características», en Morgado Panadero, P. (coord.): *Empleo, trabajo autónomo y economía social*, Granada, 2009.

Palomeque López, M. C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *RL*, n.os 7-8/2000.

Selma Penalva, A.: «El trabajador autónomo económicamente dependiente», en Luján Alcaraz, J. (dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Sevilla, 2007.

Soler Arrebola, J.A.: *La contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente. Régimen jurídico en un entorno de descentralización productiva*. Granada, 2013.

Valdés Alonso, A.: «El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente», en Cruz Villalón, J., y Valdés Dal-Ré, F.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid, 2008.

CAPÍTULO 7:
ACCESO AL EMPLEO

El acceso al empleo no es materia que en el Estado social los poderes públicos puedan dejar de modo exclusivo a la iniciativa privada. Por el contrario, la intervención de dichos poderes en este ámbito es una de las consecuencias de la política orientada al pleno empleo, cuya realización les viene exigida por mandato constitucional (art. 40.1 CE). A este respecto, el ordenamiento laboral establece ciertos dispositivos de acceso al empleo, bien para facilitar el encuentro entre oferta y demanda (intermediación e intercesión laborales), bien para regular, con distinto alcance en función de los colectivos concernidos, el exceso o la carencia de demanda de empleo (empleo de extranjeros).

I. INTERMEDIACIÓN LABORAL

1. Concepto, estructura organizativa y principios básicos

A) Concepto

Los circuitos informales existentes para la puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo no son siempre suficientes en cuanto a la fiabilidad de los datos utilizados, al cumplimiento de la normativa sobre igualdad y no discriminación en el empleo y a la eficacia del resultado obtenido. El establecimiento de cauces institucionales de intermediación laboral pretende solventar esas dificultades.

Desde la perspectiva institucional y conforme al principio de adecuación del empleo, el conjunto de acciones normativas y materiales consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo con los trabajadores demandantes de empleo constituye el objeto propio de la intermediación laboral. La finalidad de esta institución es doble. En el momento de acceso al empleo estriba en lograr que los trabajadores obtengan una colocación adecuada a sus características y que, al tiempo, los empleadores puedan encontrar entre aquéllos los más apropiados a sus necesidades. Pero, ampliando su radio de acción, también incluye, para todos los agentes de la intermediación, la recolocación de los trabajadores que pierdan su empleo en virtud de procesos de reestructuración empresarial, exigiéndose en este caso que la recolocación se establezca o acuerde con los trabajadores o sus representantes mediante planes sociales o programas establecidos al efecto, es decir, mediante la negociación colectiva o la norma legal (art. 20 LEM, modificado por la LEMURMET).

Cualquiera que sea el agente que la lleve a cabo en el marco legal, la intermediación laboral así definida se considera ahora como un servicio de carácter público (art. 20 LEM, modificado por la LEMURMET). Calificación que sólo tiene sentido para las agencias de colocación de carácter privado, en especial

para las que persiguen fines lucrativos, con el probable propósito de subrayar y reforzar su sometimiento al objetivo de interés público que debe guiar la configuración y el funcionamiento del mercado de trabajo, puesto que los SPE y las agencias de colocación públicas ya ostentan dicha calificación por su propia naturaleza jurídica.

B) *Estructura organizativa*

El proceso de colocación, inicial y sucesiva, en que consiste la intermediación laboral se confía a una estructura organizativa mixta, pública y privada. En un primer momento, el origen y desarrollo de las funciones intermediadoras será exclusivamente público. A partir de la reforma laboral de 1993-1994 y a causa, sobre todo, de la ineficacia del organismo público competente en la materia, el monopolio público del entonces INEM, hoy SPEE, cesará, abriéndose paulatinamente dichas funciones a la iniciativa privada mediante el reconocimiento de las agencias privadas de colocación, así como de los servicios que se determinen reglamentariamente para los trabajadores en el exterior (art. 21 LEM). Por el momento, el proceso culmina con la posibilidad legal de que las ETT puedan operar también como agencias de colocación, junto a sus funciones de cesión temporal de trabajadores [arts. 16.3 ET conforme a la LEMURMEL, 1 y 2.1.*b*) LETT conforme a la REMURMEL].

Por tanto, el criterio legislativo prevalente en esta materia no ha consistido en subsanar de modo satisfactorio las insuficiencias de los SPE y mejorar y su funcionamiento y estructura como sería coherente en el marco del Estado social, sino en abrir un servicio público básico como es la intermediación en el empleo a la iniciativa privada potenciando su presencia en el mismo.

La nueva disciplina de las agencias de colocación establece dos tipos, de éstas, de colaboración y autónomas, en función de que presten sus servicios en condición de colaboradores de los SPE o de forma independiente aunque coordinada con éstos (art. 21 bis añadido por el art. 14.dos LEMURMET). La distinción es relevante a efectos del principio de gratuidad y de ciertos aspectos del régimen jurídico de estos agentes intermediadores [*infra* 1, C) y 2].

Para los trabajadores comunitarios, el EURES (*European Employment Services*) se configura como una red de cooperación entre los Servicios Públicos de Empleo de los países miembros de la UE y del EEE, que facilita información y asesoramiento sobre condiciones de vida y trabajo en este ámbito comunitario, así como de ofertas de empleo. Supone un instrumento clave para el seguimiento de la movilidad y el apoyo a la libre circulación de los trabajadores y la integración de los mercados europeos de trabajo, así como para informar a los ciudadanos sobre la legislación comunitaria pertinente.

C) *Principios básicos*

La relevancia de las funciones encomendadas a los agentes de la intermediación exige la fijación legal de ciertos principios básicos que éstos habrán de observar (arts. 22.1 y 4 y 22 bis LEM, modificados por el art. 14.tres LEMURMET):

a) Los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación. Ahora se especifica —aunque no era necesario con la normativa vigente—, que la discriminación prohibida comprende tanto la directa como la indirecta. A este respecto, los agentes deben comunicar a quienes hayan formulado la oferta de colocación que han apreciado carácter discriminatorio en la misma, sin que la norma determine el plazo para subsanar la irregularidad.

b) El principio de sometimiento en su actuación a la normativa de protección de datos personales en relación con el tratamiento de los que correspondan a los trabajadores.

c) El principio de transparencia en la intermediación. Aunque se enuncia legalmente como garantía de los anteriores principios, junto a ello este principio supone, asimismo, que el agente intermediador debe asegurar que la oferta de empleo contenga con suficiente claridad, precisión y veracidad las características

y funciones esenciales del puesto de trabajo a desempeñar y las condiciones de empleo ofertadas, así como que la demanda de empleo incorpore los datos profesionales del trabajador con iguales precisiones.

d) El principio de reserva del proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo al SPE y a las agencias de colocación debidamente autorizadas. Este principio se exceptúa en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, en cuyo caso se permite acudir a entidades colaboradoras especializadas a fin de llevar a cabo dicho proceso.

e) El principio de gratuidad en la prestación del servicio de intermediación. No obstante, deben distinguirse dos situaciones al respecto (art. 22.1 y 4 LEM, modificado por el art. 5.tres LEMURMET y art. 16 RAC).

De un lado, los SPE y las agencias de colocación colaboradoras de estos servicios prestarán dicho servicio de forma gratuita para trabajadores y empleadores. Esta obligación de gratuidad es, desde luego, consustancial a las agencias de colocación sin ánimo de lucro, pero obsérvese que rige también para las que tengan finalidad lucrativa, que podrán mantenerla en aquellos ámbitos geográficos y/o actividades de intermediación que no estén contempladas en el convenio de colaboración. Las agencias de colocación colaboradoras pueden recibir financiación de los SPE mediante la suscripción de un convenio de colaboración, de forma que dicha ayuda económica se dirige a las actividades que en este ámbito realice la agencia.

De otro, las agencias de colocación autónomas, que también pueden o no tener ánimo de lucro, estando facultadas en el primer caso para exigir una contraprestación económica únicamente a los empresarios que utilicen sus servicios.

Por su parte, las ETT sólo pueden operar como agencias de colocación sin ánimo de lucro, colaboradoras o autónomas, en el sentido de que, sin distinción o excepción alguna, tienen «la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios» (Disp. Adic. 2.ª LEM conforme a la LEMURMEL). Por tanto, únicamente pueden exigir contraprestación económica a los empresarios que recaben su actuación.

2. Sujetos de la intermediación

A) Servicios Públicos de Empleo

a) Distribución de competencias en materia de intermediación y organización

En la caracterización y reparto de competencias relativas a la intermediación laboral de los SPE debe distinguirse entre el SEPE y los SPECA, ambos integrados en el SNE y cuya caracterización ya se estudió en su momento (Capítulo 4, III, 1).

La asignación a las CCAA de la gestión de las políticas activas de empleo y de la mayor parte de las competencias en materia de intermediación laboral (art. 17.1 LEM), ha supuesto que el SEPE centre sus competencias en estas materias sobre servicios y programas relativos a la intermediación y a las políticas activas de empleo para la integración laboral de los trabajadores inmigrantes realizadas en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios (art. 13.3 LEM, modificado por los arts. 5.uno RDLEPAE y 114, siete RDL-MUCRECE). Debe recordarse ahora que el ejercicio de esas competencias por el SEPE desarrolla, de forma específica, la atribuida a dicho organismo para la elaboración del proyecto de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo en colaboración con las CCAA (Capítulo 4, III, 1) y que dicha Estrategia debe reflejar, junto a las políticas activas de empleo, las que conciernen a la intermediación laboral (art. 114, siete RDL-MUCRECE).

Por su parte, a los SPECA les corresponde ejercer las funciones precisas para la gestión de la intermediación laboral, conforme a lo establecido al respecto en la LEM. En esta materia y en el ejercicio de sus competencias, los SPECA deben diseñar y establecer las medidas necesarias para determinar las actuaciones de las entidades que colaboren con ellos en la ejecución y desarrollo de aquella gestión (art. 17. 1 y 2

LEM). Dentro del mismo terreno de las competencias de ejecución, los SPECA pueden incluir medidas relativas a la gestión de la intermediación laboral al elaborar sus propios Planes de Política de Empleo que, como ya se señaló en su momento (Capítulo 4, III, 1), han de formularse de acuerdo con los objetivos de los Planes Anuales de Política de Empleo y en coherencia con las orientaciones y objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo (art. 17.4 LEM).

Para el ejercicio de sus competencias, incluidas las que afectan a la intemediación laboral, el SEPE se organiza sobre una doble estructura, central y periférica. Los servicios centrales se integran por el Consejo General, la Comisión Ejecutiva Central y la Dirección General. Los servicios periféricos cuentan con los Coordinadores Territoriales, los Directores Provinciales, las oficinas de empleo y de gestión de prestaciones por desempleo, las unidades administrativas que dependen de los mismos y las Comisiones Ejecutivas Territoriales. En los dos primeros órganos de los servicios centrales y en el último de los periféricos participan de forma tripartita y paritaria las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (art. 2 LEM y art. 3 RDSPEE).

En el ámbito territorial de cada Administración Autonómica, los SPECA son los órganos o entidades de éstas que tienen encomendado el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral, así como de las políticas activas de empleo (art. 17.1 LEM). Incumbe a cada CA, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, dotarse de los órganos de dirección y estructura del correspondiente SPECA. Las organizaciones empresariales y sindicales más representativas participan, con carácter tripartito y paritario, únicamente en los órganos de representación consultivos de los SPECA, de la forma en que se establezca por cada CA (art. 18 LEM).

La normativa vigente señala que los SPE «asumen la dimensión pública de la intermediación laboral». Ante la ampliación del ámbito subjetivo de las agencias de colocación, parece que se pretende subrayar así, aunque de forma innecesaria, la preeminencia de dichos servicios respecto de tales agencias, lo que se confirma al incorporarse la facultad atribuida a aquéllos para establecer con dichas agencias y otras entidades convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación a fin de favorecer la colocación de demandantes de empleo (art. 22.3 LEM modificado por el art. 14.tres LEMURMET).

b) Obligaciones de trabajadores y empleadores en materia de intermediación laboral

Sin perjuicio de la libre utilización por trabajadores y empleadores de los circuitos informales de encuentro entre la oferta y la demanda de empleo, en el marco normativo de la intermediación laboral se establecen ciertas obligaciones para aquellos sujetos, con la finalidad básica y común de que los SPE puedan controlar el desarrollo del proceso de colocación, el reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo, así como recabar los datos precisos para el cumplimiento de sus funciones de investigación y análisis sobre la situación del mercado de trabajo.

a') Trabajadores

En materia relacionada con el acceso al empleo o con su pérdida, se exige al trabajador, potencial o inactivo, la inscripción como demandante de empleo.

Para acceder al empleo esta obligación puede cumplirse de forma alternativa, bien a través de los SPE, bien a través de las agencias de colocación. En este último supuesto, la agencia debe remitir al SPE la información sobre las demandas de empleo [art. 5.*m*) RAC] a fin de que éste pueda, a su vez, cumplir con su obligación de inscripción de tales demandantes, así como con sus funciones de gestionar y controlar el reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo.

En el terreno de la pérdida del empleo, junto a ciertos casos en los que la inscripción como demandante de empleo es obligada (obtención de incentivos a la contratación laboral indefinida, trabajadores discapacitados para acceder a los Centros Especiales de Empleo…), destaca el supuesto de solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, que deben realizar, necesariamente en el SPE, la

inscripción como demandantes de empleo y mantenerla en tanto las perciban. Esta inscripción lleva aparejada la suscripción ante dicho servicio del compromiso de actividad [art. 231.1.*h*) LGSS]. Ello no impide que, en este caso, aquéllos puedan inscribirse asimismo como demandantes de empleo en las agencias de colocación (arts. 27.1 LEM, modificado por el art. 14.seis LEMURMET).

La estrecha vinculación que se establece entre políticas activas y pasivas de empleo, impone a las Administraciones Públicas competentes el deber de verificar que los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo cumplen sus obligaciones como demandantes de empleo, debiendo comunicar al SPEE los incumplimientos que se produzcan a este respecto (art. 27.4 LEM).

b') Empleadores

En la línea de flexibilizar el proceso de colocación, las exigencias de control público de la contratación laboral se redujeron en su momento para el empleador, lo que incidió en las dos fases clave de la misma; su inicio y su conclusión. De un lado, al suprimirse la anterior obligación de registro y visado en el SPE de los contratos de trabajo que hubieran de formalizarse por escrito (art. 32.1 Ley 14/2000 que modificó el art. 16.1 ET). De otro, al derogarse la LBE por la LEM quedó suprimida la obligación, tanto del empleador como del trabajador, de comunicar a la oficina de empleo la terminación del contrato de trabajo.

En la actualidad sólo permanecen para el empleador dos obligaciones en relación con esta materia:

a'') La comunicación del contenido de los contratos de trabajo celebrados o de sus prórrogas, deban o no formalizarse por escrito, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, en los términos que reglamentariamente se determinen (arts. 16.1 ET y 1.1 RD 1.424/2002).

Tal obligación puede cumplirse presentando bien copia del contrato o de sus prórrogas, o bien comunicando los datos que por vía reglamentaria se establezcan como necesarios. Estos datos han de referirse a la identificación del trabajador, de la empresa, a los requisitos específicos de cada modalidad contractual, a las transformaciones o conversiones de los contratos de trabajo temporales en indefinidos, a los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos y a los pactos de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial indefinido, a las certificaciones expedidas por la Administración pública o entidad encargada de gestionar la formación de trabajadores sustituidos durante dichos períodos por trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo, así como a los demás datos de las comunicaciones que se establezcan legal o reglamentariamente (art. 3 RD 1.424/2002 y Orden TAS/770/2003).

b'') La remisión o envío a los SPE de la copia básica de los contratos de trabajo formalizados por escrito, que previamente se habrá entregado a los representantes de los trabajadores, cuando éstos existan (art. 1.2 RD 1.424/2002). Se exceptúa de esta remisión los contratos formalizados para los servicios de la relación laboral especial de alta dirección, que únicamente debe notificarse a los citados representantes [art. 8.3.*a*) ET].

B) Agencias de colocación

a) Carácter

Ante la alternativa que ofrecen a los Estados miembros los Convenios de la OIT 96/1949 y 181/1997 entre autorizar o no a las agencias de colocación, nuestro ordenamiento de trabajo ha venido optando tradicionalmente por el monopolio de los SPE en la intermediación laboral. Esta línea legislativa quebró con la LFO ante la declarada ineficacia de éstos para asumir ese cometido y la constatada inacción normativa e institucional para corregirla. Dicha norma autorizó por vez primera las agencias de colocación, públicas o privadas, pero sin fines lucrativos (art. 1.2).

Esa línea flexibilizadora continúa con las reformas laborales de 2010 y 2012, que amplían el abanico de estos intermediarios laborales en dos ámbitos.

En un ámbito subjetivo, permitiendo el funcionamiento de las agencias de colocación con o sin ánimo de lucro, ya se trate de entidades públicas ya privadas, así como ampliando a las ETT, según se ha señalado, el espectro de sujetos que pueden operar como agencias de colocación, habida cuenta de que «Los Servicios Públicos de Empleo se han mostrado insuficientes en la gestión de la colocación» como recuerda de nuevo la LEMURMEL (Preámbulo II). Tanto las agencias de colocación lucrativas como las que carezcan de ánimo de lucro pueden ser consideradas entidades colaboradoras de los SPE, suscribiendo el correspondiente convenio de colaboración. Esta consideración implica la posibilidad de que una parte de su actividad se financie por los SPE (art. 22.1 y 4 LEM, modificado por el art. 5.tres LEMURMET).

En un ámbito objetivo, incluyendo entre las funciones de intermediación de dichas agencias dos tipos de actuaciones. De un lado, las clásicas relacionadas con la búsqueda de empleo, como son las de orientación e información profesional, así como las de selección de personal. De otro, las funciones de recolocación derivadas de procesos de reestructuración empresarial, cuando tal mecanismo se haya establecido o acordado con los trabajadores o sus representantes en los planes sociales o programas de recolocación. Las empresas que realicen estas últimas funciones se califican como agencias de colocación especializadas y están sometidas al régimen jurídico establecido con carácter general para las agencias de colocación [art. 21 bis.1 LEM añadido por la LEMURMET, art. 2.1 y 2 y art. 5.*c*) RAC].

Las agencias de colocación autorizadas de acuerdo con la normativa anterior (RD 735/1995, de 5 de mayo) han podido seguir desarrollando su actividad hasta tanto dispusieran de la correspondiente autorización conforme a lo dispuesto en el RAC o finalizara el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma (el 3-1-2011) para adecuarse al mismo y solicitar dicha autorización (Disp. Trans. 10.ª LEMURMET y Disp. Trans. 1.ª RAC).

b) Régimen jurídico

Las reglas básicas por las que han de regirse las agencias de colocación conforme a su nueva disciplina se refieren a su constitución y a su funcionamiento.

a') Reglas de constitución

a'') La paulatina cancelación de ciertos controles administrativos respecto de la creación y actividad de las empresas en materia laboral, alcanza ahora también a las agencias de colocación, viniendo a complementar así la mencionada línea flexibiliadora que su reconocimiento supuso. Hasta la entrada en vigor del RDL-MUCRECE, para actuar válidamente como agencia de colocación en cualquiera de sus modalidades, y teniendo en cuenta el carácter de servicio público que la ley atribuye a todos los agentes de intermediación, era indispensable obtener autorización administrativa del correpondiente SPE, según el ámbito territorial en que aquélla hubiera de operar. Dicha norma suprime tal autorización, sustituyéndola por la obligación de que la agencia presente, con carácter previo a su funcionamiento, una declaración responsable ante el SPE que corresponda, pudiendo iniciar su actividad desde el día de tal presentación, lo que no impide el ejercicio de las facultades de comprobación, control e inspección atribuidas a las Administraciones competentes en esta materia (art. 21 bis LEM modificado por el art. 117, dos RDL-MUCRECE). Las agencias que tengan autorización vigente a 5 de julio de 2014 (fecha de entrada en vigor del RDL-MUCRECE) pueden desarrollar su actividad en todo el territorio nacional sin necesidad de presentar declaración responsable (art. 117, cuatro RDL-MUCRECE).

La referida supresión se justifica, sin mayor concreción, por la necesidad de «adaptar la normativa reguladora de las agencias de colocación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado» (Preámbulo, VIII RDL-MUCRECE). Esta genérica justificación permite entender que la norma laboral adaptadora suprime la referida autorización por considerarla innecesaria, al no concurrir los principios de necesidad y proporcionalidad que podrían justificarla, entre otras, por razones de orden público (art. 17.1, a) Ley 20/2013). Pero esta inteligencia de dicha norma resulta difícilmente aceptable

desde la mencionada calificación como servicio público atribuida por la ley a todos los agentes de intermediación.

Al no haberse derogado de forma expresa (disposición derogatoria única RDL-MUCRECE) y no ser incompatible con la nueva regulación, cabe sostener la vigencia del contenido que venía exigiendo la norma reglamentaria para la declaración responsable que debía acompañarse a la solicitud de la autorización administrativa ahora suprimida. Con arreglo a ese contenido, en dicha declaración ha de hacerse constar que la agencia se encuentra al corriente de las obligaciones fiscales y sociales (Seguridad Social), su constitución e inscripción en el registro correspondiente para las personas jurídicas, así como que no está afectada por ninguna de las circunstancias que prohíben contratar con la Administración Pública (art. 9.3, b) RAC). Para la ETT que actúe como agencia de colocación, esta declaración se ciñe a manifestar que «cumple con los requisitos exigidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo» (art. 16.3 ET conforme a la LEMURMEL).

b") La consideración de las agencias de colocación autorizadas como entidades colaboradoras de los SPE exige la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos (art. 21 bis.5 LEM añadido por el art. 14.dos LEMURMET y art. 16.1 RAC). El objeto de estos convenios estriba en determinar las actividades de intermediación que han de desarrollar estas agencias (art. 18.1 RAC). El convenio ha de tener un contenido mínimo, del que puede destacarse (art. 18.2 RAC): el ámbito de aplicación; la duración (uno o dos años); la descripción de las acciones concretas a desarrollar; la forma de financiación de las acciones vinculadas a los resultados que se establezcan; los medios materiales, humanos y económicos; los colectivos de demandantes destinatarios de los servicios; el seguimiento y evaluación de las actividades, y los indicadores de eficacia (número de personas atendidas, número de ofertas y puestos de trabajo cubiertos, número de contratos de trabajo indefinidos suscritos por las personas atendidas…).

b') Reglas de funcionamiento

El eje principal sobre el que gira el funcionamiento de las agencias de colocación está conformado por determinadas obligaciones a las que éstas deben sujetarse. En la regulación de tales obligaciones debe atenderse a una doble distinción: obligaciones comunes a todas las agencias y obligaciones específicas de las que actúan como entidades colaboradoras.

a") Obligaciones comunes a las agencias de colocación

Considerando la finalidad perseguida, las obligaciones que alcanzan a todas las agencias pueden caracterizarse como sigue (art. 21 bis.4 LEM, añadido por la LEMURMET y modificado por el art. 117, dos RDL-MUCRECE):

1.º De adecuación laboral

- Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados, incluidos en los colectivos de las personas con específicas dificultades de integración en el mercado de trabajo, en especial de jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, discapacitados e inmigrantes.
- Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional exigido.

2.º De garantía

Este tipo de obligaciones viene a concretar para las agencias de colocación ciertas prescripciones que ya contempla el ordenamiento jurídico, buscando con ello reforzar la posición de los trabajadores que utilicen los servicios de dichas agencias mediante el cumplimiento por parte de éstas de ciertas obligaciones:

- El respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores, así como el cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos [especifica el art. 4.2.*e*) y el art. 16.2 ET hasta su derogación por el artículo 118 RDL-MUCRECE, así como lo dispueesto al efecto en la LOPDP].
- La gratuidad para los trabajadores por la prestación de servicios (concretaba el art. 16.2 ET hasta su derogación por el artículo 118 RDL-MUCRECE).
- El cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social (concreta el art. 9.1 CE).
- El cumplimiento de las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de modo especial, la obligación de velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido (especifican los arts. 14 CE y 20.1 LEM).
- La garantía, en su ámbito de actuación, del principio de igualdad en el acceso en el empleo, sin que puedan establecer discriminación alguna, directa o indirecta, por motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que, respecto de esta última, los trabajadores estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate (concreta el art. 14 CE y el art. 16.2 ET hasta su derogación por el artículo 118 RDL-MUCRECE).

3.º De carácter económico

Llevar una contabilidad separada de todos los gastos e ingresos derivados de su actividad como agencia de colocación.

4.º De información

- Suministrar a los SPE la información cuyo contenido, periodicidad y forma se determine por vía reglamentaria, en relación con los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con éstas.
- Presentar dentro del primer trimestre de cada ejercicio, con periodicidad anual, Memoria de actividades del ejercicio anterior, con un contenido mínimo: indicadores de eficacia reglamentariamente establecidos y actividad económica.

b'') Obligaciones de las agencias de colocación colaboradoras

Además de las obligaciones comunes a todas las agencias de colocación, las que operen como entidades colaboradoras de los SPE han de someter su actividad a las determinaciones del convenio de colaboración, quedando sujetas de modo específico a ciertas obligaciones (art. 17 RAC).

1.º De intermediación

Su alcance se ciñe a realizar las acciones objeto del convenio de colaboración, de acuerdo con los términos y condiciones que en éste se establezcan.

2.º De garantía

Se identifica con la obligación de garantizar a las personas trabajadoras y a los empleadores la gratuidad por la prestación de sus servicios.

3.º De carácter económico

La condición de agencia de colocación colaboradora de los SPE supone un distinto tratamiento normativo respecto de la financiación que pueden recibir de dichos servicios [*supra* I, 1, C)]. Las que tengan ánimo de lucro deben realizar, como mínimo, un 40 por 100 de su actividad con fondos que no provengan de los SPE. Para aquellas otras que carezcan de finalidad lucrativa ese porcentaje desciende hasta el 10 por 100, lo que se explica por su menor capacidad de autofinanciación.

4.º De información

- Suministrar la información que determine el convenio de colaboración (por ejemplo, personas atendidas y sus perfiles).
- Comunicar las incidencias que se produzcan en relación con las obligaciones de las personas trabajadoras y de las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo, a fin de que los SPE estén en condiciones de valorar los eventuales incumplimientos que puedan existir en esta materia.

II. CESIÓN DE TRABAJADORES

1. Empresas de Trabajo Temporal

A) Concepto

La configuración normativa de las ETT se ha venido centrando de modo exclusivo en su tradicional tarea de puesta a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, de trabajadores que aquéllas contratan (art. 1 LETT). Es esta puesta a disposición o cesión de trabajadores el principal criterio distintivo entre las agencias de colocación y las ETT. Las primeras se limitan a intermediar en el mercado de trabajo facilitando trabajadores a las empresas para su contratación. Las segundas realizan un cometido de interposición en dicho mercado, de forma que contratan trabajadores con objeto de cederlos temporalmente a empresas usuarias. No obstante, aunque esta distinción sigue teniendo sentido operativo, la posibilidad de que las ETT actúen como agencias de colocación les permite ahora realizar también funciones de intermediación junto a las tradicionales de interposición [arts. 1 y 2.1.*b*) LETT]. A esta ampliación funcional, la norma añade ahora otras dos con carácter facultativo (art. 1, 2º LETT conforme al art. 116, uno RDL-MUCRECE y MUCRECE), lo que arroja serias dudas sobre su efectiva puesta en práctica habida cuenta de la general duración determinada de los contratos de puesta a disposición que las ETT formalizan. La primera de ellas les permite «desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación»; facultad claramente diferenciada de la obligación que pesa sobre la ETT de facilitar al trabajador la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales si éste no la posee (*infra* II, 1, B), b). En virtud de la segunda, se les franquea

asimismo el paso para el desarrollo de actividades «de asesoramiento y consultoría de recursos humanos». Con la finalidad de dotar de cierta seguridad a las relaciones profesionales que pueden establecer, la ley precisa la obligación de las ETT de informar expresamente a los trabajadores y a las empresas clientes si su actuación se desarrolla como ETT o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas (art. 1, 3º LETT conforme al art. 116, uno RDL-MUCRECE y MUCRECE).

En todo caso, la cesión temporal de trabajadores debidamente autorizada sólo puede llevarse a cabo mediante las ETT, estando legalmente prohibida y sancionada la cesión realizada al margen de estas empresas [arts. 43 ET, 24.6.*a*) y 25 LETT y 312 CP; *infra* II, 2].

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la cesión temporal de trabajadores a través de las ETT no ha estado siempre permitida en nuestro ordenamiento de trabajo. Modificando el criterio sobre el monopolio público del empleo, la LETT franqueará el paso a este tipo de empresas debido a la conjunción de distintos factores:

a) Un factor institucional, generado por la objetiva ineficacia de los SPE para proporcionar a las empresas con rapidez y adecuación trabajadores que se acomodaran a sus necesidades de orden temporal, a lo que se unía la insuficiente voluntad por parte de los poderes públicos legislativo y ejecutivo para abordar las disfunciones de los SPE en este terreno.

b) Un factor social, derivado de las altas tasas de desempleo y de la imperiosa necesidad de buscar alternativas viables e inmediatas para paliarlas.

c) Un factor judicial, propiciado por la paulatina consideración en esa sede de que únicamente podía estimarse cesión ilegal de trabajadores la que persiguiera una finalidad fraudulenta. De este modo, las ETT actuaron en la práctica como empresas contratistas de servicios, en especial a partir de la aplicación en España, desde el 1 de enero de 1986, de la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios profesionales.

d) Un factor legislativo, suscitado por la conveniencia de adecuar el ordenamiento laboral autóctono al de la mayoría de los países europeos de nuestro entorno, en los que este tipo de empresas se había comenzado a legalizar en la década de los setenta.

B) Régimen jurídico

La característica más destacable del régimen jurídico que rige las ETT reposa en la relación triangular que surge de la cesión de trabajadores a una empresa usuaria y de la consiguiente bifurcación de poderes que se produce entre ambas empresas en relación con los trabajadores cedidos. Dicha relación impregna el régimen jurídico de las ETT. De forma indirecta se tiene en cuenta en las disposiciones de constitución de este tipo de empresas. De modo directo percute sobre sus reglas de funcionamiento y sobre las reglas sancionadoras aplicables a las ETT y a las empresas usuarias. Respecto de estos dos últimos grupos de reglas, la LEMURMET transpone a nuestro ordenamiento laboral algunas de las disposiciones de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, sobre trabajo a través de empresas de trabajo temporal, habida cuenta de que un buen número de ellas ya estaba incorporado con anterioridad por la LETT. El objeto de dicha norma comunitaria no es tan sólo la lógica garantía de protección de los trabajadores cedidos por ETT y de mejora de la calidad de éstas asegurando el respeto del principio de igualdad de trato. También pretende «contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo» (art. 2), doble motivación que, lejos del equilibrio que su enunciado apunta, se escora realmente hacia una flexibilidad pro empleador, puesto que la eficaz creación de empleo hace tiempo que tiene acreditada su insuficiencia cuando se dirige de forma prioritaria al de carácter temporal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la anterior norma reglamentaria reguladora de las ETT, aprobada en 1995, ha sido sustituida por el vigente RETT, con el fin de adaptarlo a los cambios legales

derivados del RDL-MUCRECE primero y del MUCRECE después, así como para "actualizar buena parte de su contenido tras veinte años de vigencia" (Preámbulo RETT).

a) Reglas de constitución

El conjunto de reglas relativas a la constitución de las ETT se refieren de modo exclusivo a éstas, pero en su mayoría se configuran sobre la base de la existencia de la citada relación triangular, pues se establecen como garantía de que las ETT han de ajustarse a su objeto social, que aparece estrechamente vinculado a esa relación.

Estas reglas de constitución están presididas por el criterio del control administrativo sobre la creación y posterior funcionamiento de las ETT. La realización de la actividad propia de éstas por parte de personas privadas (únicas que pueden actuar como tales), físicas o jurídicas, exige por tanto que, con carácter previo, se obtenga autorización administrativa de la Administración Laboral competente de acuerdo con el ámbito territorial en el que la ETT pretenda realizar su actividad. Para ello, la ETT ha de justificar el cumplimiento de determinados requisitos (art. 2.2 y 3 LETT, conforme a la Ley 29/1999, al RDL-MURMEL y al art. 116, dos RDL-MUCRECE y MUCRECE):

a') La disposición de una estructura organizativa que le permita cumplir de forma adecuada y suficiente sus obligaciones como empleador en relación con el objeto social. Para valorar el cumplimiento de este requisito, que trata de identificar una gestión solvente, han de tenerse en cuenta distintos factores: dimensión y equipamiento de los centros de trabajo, número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores que han de prestan servicios bajo la dirección de la propia ETT (no, como es lógico, de los que se contratarán en su caso para ser cedidos), y el sistema organizativo y los procesos tecnológicos para la selección y formación de los trabajadores que habrán de contratarse para su puesta a disposición de las empresas usuarias.

Este requisito sólo se considera cumplido si la ETT mantiene durante todo el tiempo de su actividad como tal una plantilla mínima propia de trabajadores con contrato de trabajo de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, que varía en función del número de trabajadores cedidos y de los días de puesta a disposición: bien un mínimo de doce trabajadores fijos propios, o el que corresponda proporcionalmente, por cada mil trabajadores contratados para su cesión en el año inmediatamente anterior y calculados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de trabajadores cedidos dividido por trescientos sesenta y cinco días, o bien un mínimo de sesenta trabajadores fijos propios cuando el número de los cedidos supere los cinco mil. Como quiera que el número mínimo de trabajadores fijos propios puede ser inferior a doce si el número de los trabajadores contratos para su cesión es inferior a mil, se exige a la ETT que el inicio de la actividad de puesta a disposición de trabajadores cuente en su plantilla con un mínimo irreductible de tres trabajadores propios con contrato de trabajo de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, debiendo mantener este número mínimo durante todo el período de su actividad.

Por lo demás, la ETT está obligada a mantener durante todo el período de su funcionamiento una estructura organizativa «que responda a la actividad efectivamente desarrollada».

b') La dedicación exclusiva a la actividad propia de ETT es ahora inexigible al poder desempeñar ésta funciones tanto funciones de agencia de colocación, como de formación profesional, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos, según se señaló.

c') Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Exigencia ligada a una gestión empresarial esmerada, ya se refiera a la previa actividad como ETT o a cualquier otra distinta puesto que la norma no distingue.

d') La constitución de una garantía financiera a fin de responder de las deudas derivadas de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, así como las indemnizatorias por finalización de contrato. Esta garantía, que pretende acreditar la solvencia financiera de la ETT y, eventualmente, afrontar dichas

deudas, puede consistir en depósito en dinero efectivo, valores públicos o fianza solidaria. Su importe varía si se trata de la autorización y el primer año de ejercicio (veinticinco veces el SMI en cómputo anual) o de los ejercicios subsiguientes (el 10 por 100 del importe de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, sin que en ningún caso dicho importe sea inferior al anterior supuesto considerando la cuantía del SMI vigente en cada momento). En tanto desarrolle su actividad, la ETT debe actualizar anualmente la garantía en los términos que acaban de señalarse. Su devolución procede cuando la ETT cese en su actividad y no tenga obligaciones indemnizatorias, salariales o de Seguridad Social pendientes.

e') La ausencia de sanciones de suspensión de la actividad en dos o más ocasiones. Lo que significa que una sola sanción suspensiva no permite denegar la autorización y que la segunda sanción de este tipo excluye por completo la autorización o su manteniento. Aunque respecto de este último una interpretación literal de la norma parece imposibilitarlo al establecerse el cumplimiento de los requisitos exigidos «Para obtener la autorización» (art. 2.2 LETT conforme al art. 116. dos RDL-MUCRECE), habría de prevalecer al respecto una interpretación teleológica acorde con el objetivo de interés público al que obedece la interposición de las ETT en el mercado de trabajo y la ejemplaridad de la conducta empresarial que ello ha de comportar.

f') Incluir en su denominación los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura «ETT».

Con la finalidad de adaptar la regulación de las ETT al principio básico de eficacia nacional de las autorizaciones administrativas, conforme a lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se modifica ahora el precedente régimen de vigencia de la autorización necesaria para operar como ETT. Consecuente con ello, la autorización pasa a configurarse como única, dotada de eficacia en todo el territorio nacional y concedida sin límite de duración (art. 2.2 LETT, conforme al art. 116.dos RDL-MUCRECE y MUCRECE, y art. 2.2 RETT). Las ETT que contaran con autorización, provisionall o definitiva, vigente a 5 de julio de 2014 (fecha de entrada en vigor del RDL-MUCRECE), podrán asimismo desarrollar su actividad, por tiempo ilimitado y en todo el territorio nacional, sujetándose a lo establecido en esta norma, sin necesidad, por tanto, de obtener una nueva autorización (disposición transitoria única LETT, añadida por el art. 116, ocho RDL-MUCRECE y MUCRECE).

La inactividad de la ETT durante un año ininterrumpido comporta que la autorización expire. Igual efecto extintivo se produce cuando la ETT deje de mantener una estructura organizativa que obedezca a la actividad efectivamente desarrollada o deje de actualizar anualmente la garantía financiera, siempre que, tras la incoación de oficio y consiguiente tramitación del procedimiento establecido al efecto, se acredite el incumplimiento de alguna de dichas obligaciones, debiéndose especificar en la resolución administrativa las carencias o deficiencias que justifican la extinción. En este supuesto, para reanudar la actividad como ETT se exige una nueva autorización (art. 2. 6 y 7 LETT, conforme al art. 116, dos RDL-MUCRECE y MUCRECE).

b) Reglas de funcionamiento

Las reglas que regulan el funcionamiento de las ETT se diversifican en torno a la relación triangular que surge de su actividad, afectando por tanto a la relación entre la ETT y la empresa usuaria, la ETT y el trabajador cedido y la empresa usuaria y el trabajador cedido.

a') Relación entre la ETT y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición

a'') Supuestos de concertación

Esta relación exige formalizar entre la ETT y la empresa usuaria, por escrito, en modelo oficial, por duplicado y con el contenido mínimo que establece la norma reglamentaria, un contrato de puesta a disposición, de naturaleza mercantil y, que, por tanto, no se rige por el ordenamiento de trabajo, salvo, claro es, las reglas que sobre el mismo contiene la normativa laboral reguladora de las ETT. En el supuesto de

contratos para la formación y el aprendizaje, en el contrato de puesta a disposición debe designarse a la persona de la empresa usuaria que se encargará de tutelar el desarrollo de la actividad laboral del trabajador. Por otra parte, se consideran ajustados a dicho modelo los contratos de puesta a disposición que contengan modificaciones de carácter puramente formal o incluyan elementos adicionales de información, siempre que no eliminen ninguno de los conceptos contenidos en el modelo oficial que se establezca ni alteren su denominación (arts. 1 LETT y 15 RETT). De modo transitorio y conforme a lo establecido en la LECREM, hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por ciento también pueden celebrarse contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo de primer empleo joven según lo establecido en el artículo 12 LECREM (Disp. Adic. segunda RETT y Capítulo, 8, I,1, A).

El contrato de puesta a disposición tiene por objeto la cesión temporal de trabajadores contratados por la ETT a fin de prestar servicios, con ese mismo carácter temporal, en la empresa usuaria. En virtud de dicho contrato, la ETT transmite el ejercicio del poder directivo y, en consecuencia, la titularidad de los frutos del trabajo del trabajador cedido a la empresa usuaria (arts. 1, 12.1 y 15.1 LETT).

Las necesidades temporales que la empresa usuaria puede atender mediante el contrato de puesta a disposición se limitaban inicialmente a los supuestos de contratación temporal estructural establecidos en el artículo 15.1 ET [Capítulo 6, I, 1, C)]. La Ley 29/1999 vino a sustituir la anterior lista cerrada de dichos supuestos por la técnica remisiva a los contemplados en el artículo 15.1 ET. Como ya había señalado la jurisprudencia (STS 4-2-1999), esta remisión comporta aplicar en el contrato de puesta a disposición el catálogo de causas que justifican las modalidades de contrato de trabajo temporal recogidas en dicho precepto, así como su régimen jurídico. Posteriormente se han ampliado los referidos supuestos, dando entrada a la posibilidad de cubrir las necesidades temporales de la empresa usuaria mediante el contrato de trabajo en prácticas o el contrato para la formación y el aprendizaje regulados en el artículo 11 ET (art. 3, Uno, 1 RDL-CESMEN).

Consecuente con esos supuestos de concertación, el contrato de puesta a disposición se formaliza siempre por tiempo determinado. A fin de evitar que el necesario carácter temporal de este contrato perjudique la estabilidad en el empleo del trabajador contratado, se establecen reglas precisas al respecto (art. 7 LETT, conforme a la Ley 29/1999), Disp. Final 3.ª2 RDL-ECREM y LECREM y art. 3, Uno, 2 RDL-CESMEN):

1.ª La duración del contrato de puesta a disposición no puede exceder de los límites previstos en el artículo 15.1 ET para los supuestos de contratación temporal, así como en el artículo 11 ET respecto del contrato en prácticas y del contrato para la formación y el aprendizaje. En el cómputo de esa duración no se incluyen los eventuales períodos previos de formación en materia de prevención de riesgos laborales que la ETT debe facilitar al trabajador objeto de cesión si éste no la posee.

2.ª En el supuesto de que el trabajador cedido continúe prestando servicios en la empresa usuaria una vez que finalice el contrato de puesta a disposición, ha de considerarse vinculado a la misma por un contrato de trabajo indefinido. La presunción es *iuris et de iure.* Se exceptúa de esta conversión al personal laboral de las Administraciones Públicas, que no podrán consolidar esa vinculación indefinida (Disp. Adic. 5.ª2 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), pudiendo adquirir tan sólo la más inestable condición de fijos conforme a la doctrina judicial [Capítulo 6, I, 1, C)].

3.ª Complemento de la anterior regla, es la que establece la nulidad de la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria cuando finalice aquel contrato.

b") Prohibiciones de concertación

Las tasadas posibilidades de formalizar el contrato de puesta a disposición encuentran, además, justificadas reglas prohibitivas para su concertación en determinados supuestos:

1.º Sustitución de trabajadores en huelga en la empresa usuaria [art. 8.*a*) LETT]. Regla derivada de la prohibición impuesta al empresario a este respecto en relación con el ejercicio del derecho constitucional de huelga (art. 6.5 DLRT) a fin de evitar que la eficacia de esta medida de conflicto colectivo quede burlada [Capítulo 18, III, 3, B)].

2.º Amortización por la empresa usuaria en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación de los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente, despido colectivo, despido objetivo plural o extinción fundada en incumplimiento contractual grave del empresario, excepto en los supuestos de fuerza mayor [art. 8.*c*) LETT]. Regla que pretende evitar la sustitución de trabajadores fijos por trabajadores temporales.

3.º Contratación realizada para ceder trabajadores a otras ETT, pues ello significaría desvirtuar la finalidad legalmente asignada a estas empresas.

4.º Puestos de trabajo en los que no se haya efectuado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15.1.*b*) y 16 LPRL (art. 12.3 LETT, conforme a la Ley 29/1999, *a sensu contrario*). Teniendo en cuenta que la contratación es de carácter temporal, la citada evaluación reviste aquí una especial relevancia a fin de prevenir aquellos riesgos.

5.º Realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad o la salud en el trabajo, en los términos previstos en la Disposición Adicional 2.ª LEMURMET y, de conformidad con ésta, en los convenios y acuerdos colectivos [art. 8.*b*) LETT, modificado por la LEMURMET]. La finalidad de esta prohibición reside en la específica tutela del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), y de los derechos a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo [arts. 40.2 CE y 4.2.*d*) ET].

A pesar de ese anclaje constitucional, esta última prohibición ha reducido ahora su ámbito aplicativo en relación con las actividades en las que anterioriormente no se permitía celebrar contratos de puesta a disposición. Con la reforma laboral de 2010 la prohibición absoluta de concertar estos contratos queda reducida a trabajos que impliquen «radiaciones ionizantes», «exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos» y «la exposición a (determinados) agentes biológicos» (Disp. Adic. 2.ª1 LEMURMET).

Para las restantes actividades sobre las que también recaía una prohibición absoluta de formalizar el mencionado contrato conforme al artículo 8 LETT (actividades de la construcción, minería de cielo abierto y de interior; fabricación, manipulación y utilización de explosivos…), ahora se introducen dos modificaciones de relieve.

Con arreglo a la primera, los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos contemplados en el artículo 83 ET, así como la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, estaban facultados para establecer, antes del 31 de marzo de 2011 y con base a razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para celebrar contratos de puesta a disposición, debiendo cumplir estas limitaciones ciertos requisitos: referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas, justificarse atendiendo a los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos de trabajo afectados y fundamentarse en un informe razonado emitido al respecto (Disp. Adic. 2.ª2 LEMURMET).

En virtud de la segunda modificación y respetando las limitaciones que hayan podido establecerse mediante la negociación colectiva antes señalada, a partir del 1 de abril de 2011 se abren las puertas a la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición en aquellas otras actividades antes prohibidas, si bien deben respetarse ciertos requisitos, que se añaden a los ya existentes en la normativa anterior a la LEMURMET. Por un lado, la ETT debe organizar sus actividades preventivas de riesgos laborales debidamente auditados conforme a la normativa de aplicación en la materia y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo en el que han de integrarse, al menos, cuatro delegados de prevención. Por otro lado, el trabajador ha de poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica para el desempeño del puesto de trabajo, lo que debe acreditarse documentalmente por la ETT (Disp. Adic. 2.ª3 LEMURMET).

En coherencia con la ampliación objetiva (actividades) del ámbito operativo de las ETT, se suprimen, a partir del 1 de abril de 2011, todas las limitaciones o prohibiciones actualmente en vigor para celebrar contratos de puesta a disposición por las ETT en las actividades anteriormente prohibidas, exceptuándose únicamente lo establecido en la LEMURMET a este respecto (Disp. Adic. 4.ª). Esta supresión permite ampliar a todo el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas la posibilidad de celebrar dichos contratos por las ETT, lo que hasta ahora sólo era factible respecto del personal eventual en cometidos de realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos (Disp. Adic. 5.ª1 Ley 30/2007).

La citada excepción no es estrictamente única, ya que, en realidad, la misma se desglosa en tres supuestos. El primero comprende las limitaciones que para concertar dichos contratos hayan podido incorporar, antes del 1 de abril de 2011, los acuerdos y convenios colectivos habilitados al efecto. El segundo alude implícitamente a las limitaciones o prohibiciones que puedan establecerse en los acuerdos y convenios colectivos a partir del 1 de abril de 2011, que, de conformidad con lo expresamente preceptuado en la LEMURMET, sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por la ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. El tercer supuesto se extiende a la limitación legal que impide formalizar los mencionados contratos para la realización de tareas reservadas a los funcionarios públicos mediante norma con rango de Ley (Disp. Adic. 4.ª LEMURMET).

Como es evidente, los dos primeros supuestos tienen un escaso recorrido operativo, puesto que su concreción exige la voluntad conjunta de los sujetos negociadores, de forma que la mencionada supresión legal de limitaciones o prohibiciones en vigor para celebrar contratos de puesta a disposición será la que prevalezca en ausencia de instrumento negocial colectivo aplicable. Debe tenerse en cuenta a este respecto que, ciertamente, la Directiva 2008/104/CE obliga, en un determinado plazo, a «revisar» las restricciones o prohibiciones establecidas para recurrir a la cesión de trabajadores. Pero ese deber se establece a fin de que los Estados miembros comprueben si éstas siguen estando justificadas por las citadas razones de interés general (art. 4.2), siendo pues facultativo para dichos Estados decidir la supresión de tales condicionamientos.

c'') Obligaciones de la ETT y de la empresa usuaria

La Administración Laboral ejerce funciones de control respecto del contrato de puesta a disposición, que se manifiestan en determinadas obligaciones de información por parte de la ETT a la autoridad laboral (arts. 5 LETT, conforme al art. 116, cinco RDL-MUCRECE, 9 LETT y 17 RETT):

a) Remitir en el plazo reglamentario al Registro de Empresas de Trabajo Temporal de la autoridad laboral competente, la relación de los contratos de puesta a disposición celebrados en el mes anterior, en los términos reglamentariamente establecidos. Dicha autoridad ha de remitir, a su vez, tal relación a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales con presencia en los correspondientes órganos de participación institucional, que deben observar al respecto sigilo profesional.

b) Comunicar a dicha autoridad los cambios de titularidad y de domicilio social de la empresa, el cambio de las personas que ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración en las empresas societarias, así como la apertura y cierre de nuevos centros de trabajo y cese de la actividad.

En relación con la empresa usuaria, la ETT tiene la obligación de suministrarle la siguiente documentación respecto a los trabajadores que haya cedido (art. 18 RETT):

a) Copia del contrato de trabajo o de la correspondiente orden de servicio.

b) Documentación acreditativa de haber cumplido con las obligaciones salariales contraídas con dichos trabajadores y en materia de Seguridad Social.

Por su parte, la empresa usuaria tiene el deber de informar a los representantes de los trabajadores en la misma sobre cada contrato de puesta a disposición y el motivo de su utilización, dentro de los diez días siguientes a su celebración. De igual plazo dispone dicha empresa para cumplir con el deber de entregar a la referida representación una copia básica del contrato de trabajo (supuesto de contratación temporal coincidente con el contrato de puesta a disposición) o de la orden de servicio (supuesto de contrato indefinido y de prestación de servicios sucesivos), que le debe haber facilitado la ETT.

b') Relación entre la ETT y el trabajador cedido: el contrato de trabajo

a") Forma y duración

Entre la ETT y el trabajador cedido se ha de formalizar un contrato de trabajo por escrito y por duplicado para prestar servicios en empresas usuarias, conforme a lo dispuesto para cada modalidad, lo que supone obligación de comunicarlo a la oficina pública de empleo en el plazo establecido. Para evitar irregularidades, abuso o fraude en la contratación, el contrato de trabajo, además de lo exigido para cada modalidad, debe incluir los datos mínimos que establece el reglamento (identificación de la empresa usuaria, causa del contrato de puesta a disposición, contenido de la prestación laboral…) Su duración puede ser por tiempo determinado o indefinido, aunque la opción por el primero es la más frecuente. En el supuesto de que el contrato de trabajo sea temporal, su duración ha de coincidir con la del contrato de puesta a disposición. Cuando se formalice contrato de trabajo en prácticas. además de los referidos datos mínimos debe hacerse constar la titulación del trabajador. Si se formalizara contrato para la formación y el aprendizaje debe incluirse el anexo relativo al acuerdo para la actividad formativa, conforme a lo dispuesto en el RCFA (arts. 10.1 LETT y 16, 1,2, 3 y 4 RETT).

La concertación del contrato de trabajo por tiempo indefinido autoriza a cubrir varios contratos de puesta a disposición sucesivos con diferentes empresas usuarias, siempre que estos últimos estén plenamente determinados en el momento de su suscripción y obedezcan a un supuesto de contratación eventual del artículo 15.1.*b*) ET. Con la misma finalidad de impedir prácticas irregulares, abusivas o fraudulentas, se debe entregar al trabajador la correspondiente orden de servicio cada vez que vaya a prestar servicios en la empresa usuaria, documento que debe recoger el contenido mínimo reglamentariamente establecido, por ejemplo la identificación de la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición o el contenido de la prestación laboral (arts. 10 LETT y 16.5 RETT).

b") Derechos del trabajador cedido

La reforma de 2010 ha ampliado el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos en relación con los trabajadores de la empresa usuaria. Con anterioridad a la misma, en materia de condiciones de trabajo dicho principio sólo alcanzaba, a partir de la Ley 29/1999, a percibir por dicho trabajador la retribución salarial íntegra establecida para el puesto de trabajo desempeñado en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, saliendo así al paso de la discriminación salarial derivada de aplicarle el salario establecido en el convenio colectivo de la ETT, inferior por lo común al fijado en el convenio de la empresa usuaria. La LEMURMET introduce a favor de los trabajadores cedidos modificaciones relevantes en el referido sentido ampliatorio, reconociéndole los siguientes derechos (art. 11.1 y 2 LETT conforme a la LEMURMET):

1.ª A la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les hubieran correspondido en caso de haberles contratado directamente la empresa usuaria para el mismo puesto de trabajo. Se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, a la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

2.ª A la aplicación de las mismas condiciones que los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

3.ª A la aplicación de las mismas disposiciones dirigidas a combatir las discriminaciones fundadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Las disposiciones a las que se refiere la LEMURMET son únicamente las que pueda contener en esta materia el convenio colectivo de la empresa usuaria especificando la norma legal o mejorándola (acciones positivas), puesto que las derivadas de las normas legales, dado su carácter imperativo, han de ser aplicadas a los trabajadores cedidos en un plano de igualdad aunque no lo diga la norma reformadora.

4.ª A recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición cuando el contrato de trabajo concertado con la ETT lo sea por tiempo determinado. Hasta ahora esa indemnización era la equivalente a la parte proporcional de la cantidad resultante de abonar doce días de salario por año de servicio. A ello añade la LEMURMET una opción, señalado como alternativa a esa cifra la establecida en la normativa específica de aplicación, remisión que debe entenderse hecha al convenio colectivo aplicable en el que puede fijarse una indemnización superior a la luz del principio de norma mínima.

c'') Poder disciplinario y obligaciones de la ETT

La bifurcación de poderes del empleador que comporta la citada relación triangular, asigna el poder directivo a la empresa usuaria, pues los servicios del trabajador cedido se prestan en ésta, en tanto atribuye el poder disciplinario a la ETT. Consecuente con ello y a fin de que la ETT pueda ejercer este último con conocimiento de causa, se establece la obligación de la empresa usuaria de comunicar a la ETT los que considere como incumplimientos contractuales del trabajador cedido, con objeto de que ésta pueda adoptar las medidas sancionadoras que correspondan (art. 15.2 LETT).

Aunque la ETT no retiene el poder directivo, ha de cumplir una serie de obligaciones con los trabajadores cedidos que constituyen el reverso de dicho poder (art. 12 LETT):

1.ª Cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social y abono de la correspondiente indemnización cuando el contrato de trabajo sea de duración determinada, como es usual.

2.ª Destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos, que se añade a la obligación empresarial ordinaria de cotizar por formación profesional. Se pretende que el carácter temporal de la prestación de servicios de dichos trabajadores no suponga de modo necesario un nivel insuficiente de formación profesional.

Esta obligación se refuerza estableciendo la nulidad de toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la ETT cualquier cantidad por gastos de selección, formación o contratación. Esta sanción pretende delimitar el ámbito de actuación de las ETT del propio y diverso de las empresas de selección, cuya función principal estriba en verificar, por encargo de otras empresas, las aptitudes de los trabajadores para cubrir puestos de trabajo en éstas.

3.ª Obligación de diligencia, a fin que la ETT compruebe si el trabajador posee formación en prevención de riesgos laborales, necesaria para desempeñar sus funciones, teniendo en cuenta su cualificación, experiencia profesional y los riesgos a los que se ha de exponer.

4.ª Facilitar al trabador dicha formación durante el tiempo necesario si éste no la posee. El período de dicha formación se computará dentro de la duración del contrato de puesta a disposición, siendo en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios.

5.ª Cumplir las obligaciones en materia formativa establecidas en el artículo 11.2 ET, cuando la ETT celebre contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias. (art.12.3 bis, conforme a la Disp. Final 3.ªcuatro RDL-ECREM y LECREM, y 6 bis RCFA).

c') Relación entre la empresa usuaria y el trabajador cedido

La singularidad de esta relación deriva de que, a pesar de la inexistencia de contrato de trabajo ni de ningún otro tipo entre la empresa usuaria y el trabajador cedido, la misma ejerce las facultades de dirección y control de la actividad laboral de éste (art. 15.1 LETT), dado que la ejecución del contrato de trabajo con la ETT en la empresa usuaria exige esa atribución de facultades.

a") Derechos de los trabajadores

Como consecuencia derivada del ejercicio del poder directivo y de control por la empresa usuaria, se establecen determinados derechos de los trabajadores cedidos ante dicha empresa.

1.º Derecho a presentar reclamaciones a través de los representantes de los trabajadores en la empresa usuaria, en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral (art. 17.1 LETT). Las restantes reclamaciones (por ejemplo, las relativas a la retribución) se han de presentar ante la ETT, que es su empresario (SSTS 27-4-2004 y 9-7-2012).

2.º Derecho a utilizar los servicios de transporte, comedor, guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición, en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la misma (art. 17.2 LETT, añadido por la LEMURMET).

3.º Derecho a recibir información de la empresa usuaria sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, con la finalidad de garantizarles las mismas oportunidades de acceso a puestos permanentes que a los trabajadores contratados de forma directa por dicha empresa (art. 17.3 LETT, añadido por la LEMURMET).

Al margen de este catálogo de derechos, se establece el deber de que la negociación colectiva adopte medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias (art. 17.4 LETT, añadido por la LEMURMET). Ese deber ha de entenderse como obligación de negociar pero no de convenir, pues de otro modo no se respetaría el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocido y garantizado en el artículo 37.1 CE.

b") Obligaciones de la empresa usuaria

Aunque la empresa usuaria no tiene la condición de parte en el contrato de trabajo que une al trabajador cedido y a la ETT, asume ciertas obligaciones respecto de éste en virtud del ejercicio del poder de dirección y la titularidad de los frutos del trabajo que se le transfieren mediante el contrato de puesta a disposición (arts. 16 LETT, 17 RETT, 28 LPRL y RD 216/1999):

1.ª De informar al trabajador cedido sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos.

2.ª De recabar de la ETT, antes de que el trabajador inicie su prestación, la información necesaria a fin de asegurarse que el trabajador reúne las debidas condiciones para el desempeño de su actividad (verificada mediante el reconocimiento del estado de su salud, posesión de las cualificaciones y capacidad requeridas, recepción de información sobre características del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, aptitudes necesarias y resultados de la evaluación de riesgos).

3.ª De designar a la persona encargada de tutelar el desarrollo de la actividad laboral, en el caso de que el objeto del contrato de puesta a disposición sea la cesión temporal de trabajaador o trabajadores contratados por la ETT bajo la modalidad del contrato para la formación y el aprendizaje (Disp. Adic. primera OCFA).

4.ª De responder de la protección sobre dichos riesgos de los trabajadores cedidos, asumiendo las correspondientes obligaciones preventivas generales y específicas en la materia, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional del trabajador

cedido durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, cuando éstos se deriven de la falta de medidas en esta materia no adoptadas por la empresa usuaria.

5.ª De responder subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la ETT durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (esta última añadida por la LEMURMET).

A fin de facilitar el cumplimiento de esta obligación, la ETT debe suministrar a la empresa usuaria copia del contrato de trabajo o de la orden de servicio de los trabajadores cedidos, así como la documentación acreditativa de haber cumplido las obligaciones salariales y de Seguridad Social con los citados trabajadores.

6.ª De responder solidariamente en el supuesto de que el contrato de puesta a disposición se haya formalizado incumpliendo las prohibiciones ya referidas sobre su concertación [*supra* II, 1, B)], así como en aquellos casos en que la empresa usuaria y a la ETT incumplan otras obligaciones legales referidas a los requisitos de la propia cesión (por ejemplo, cesión fraudulenta de trabajadores mediante sucesivos contratos de puesta a disposición para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, STS 4-7-2006).

c) Reglas sancionadoras

La acción normativa de la ley está también presente en lo relativo a la posible realización de actos ilícitos en esta materia por parte de las ETT y de las empresas usuarias.

La respuesta del legislador frente a las irregularidades o abusos que puedan existir en el marco de la lícita actividad de cesión temporal de trabajadores, le lleva a establecer un específico catálogo de infracciones administrativas en que pueden incurrir dichas empresas respecto de las obligaciones impuestas legalmente a las mismas. Su regulación se contiene en los artículos 18 y 19 LISOS. La imposición de sanciones ha de sujetarse a los criterios establecidos al respecto en los artículos 39, 40 y 41 LISOS.

2. Cesión ilegal de trabajadores

Como ya se anticipó [*supra* II, 1, A)] el ET, en su artículo 43.1, sólo autoriza la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa a través de las ETT debidamente autorizadas. Fuera de este supuesto, la cesión de trabajadores es ilegal, debiéndose calificar como interposición en el contrato de trabajo (STS 30-11-2005), mediante la cual un empleador ficticio —inexistente o que no tenga la condición legal de ETT— facilita o cede trabajadores a otro empleador real mediante un precio que el segundo paga al primero. Este prestamismo ilegal de trabajadores, en el que está presente el ánimo de lucro y la finalidad fraudulenta con perjuicio de sus derechos (STS 4-10-1996), se canaliza con frecuencia mediante la subcontratación que, simulando la cooperación productiva propia de dicha figura, lleva a cabo la cesión prohibida y evita así que aparezca como empleador el sujeto que realmente se beneficia de dicha cesión.

Con objeto de atajar este tráfico ilegal de fuerza de trabajo, la ley delimita las circunstancias que determinan la cesión ilegal de trabajadores (art. 43.2 ET), sintetizando así los indicios que la jurisprudencia ha elaborado al respecto. Estas circunstancias parten implícitamente de un doble supuesto.

De un lado, el supuesto de que el empleador cedente sea ficticio, carezca de un soporte empresarial cierto, lo que se concreta en la norma con la alusión a las circunstancias de que bien la empresa cedente «carezca de una actividad o de una organización propia y estable», bien dicha empresa «no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad».

De otro lado, se parte del supuesto de que la esencia de la cesión ilegal no consiste en que el empleador cedente, e incluso el cesionario, sean reales o ficticios. Ahora se trata de que, aunque ambos cuenten con infraestructura, patrimonio y actividad ciertas, el empleador contratista no actúa en el marco de una subcontratación legal respecto del empleador principal, desplegando las funciones propias de la contrata de servicios, sino que se limita a suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio a este último

(SSTS 19-1-1994 y 25-10-1999). Este supuesto se contempla en la ley bajo las circunstancias de que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite «a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria», o la empresa cedente «no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». En tal caso, la ejecución del trabajo suele desenvolverse con instrumentos y materiales de la empresa principal simulada, en realidad la cesionaria, y bajo el control de su propio personal y no del perteneciente a la también ficticia empresa contratista, en realidad la empresa cedente.

Los efectos de la declaración judicial de ilegalidad de la cesión derivan de dos prescripciones legales que pretenden garantizar los derechos de los trabajadores objeto de dicha cesión. De acuerdo con la primera, los empleadores, cedente y cesionario, responden solidariamente «de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social», con independencia de las demás responsabilidades que proceda exigir, incluso de carácter penal (art. 43.3 ET). Repárese en que las obligaciones de las que se responde incluyen todas las de carácter laboral y no tan sólo las salariales como sucede en el caso de la subcontratación ilegal [Capítulo 5, II, 1, B)].

Conforme a la segunda prescripción, se reconoce a los trabajadores objeto del tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria, pudiendo optar por cualquiera de las dos posibilidades. Si su opción es la de integrarse en la empresa cesionaria —la más habitual dado el carácter por lo común ficticio de la cedente—, los derechos y obligaciones del trabajador quedan equiparados «a los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste sus servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión legal» (art. 43.4 ET).

III. EMPLEO DE EXTRANJEROS

1. Concepto y tipología del trabajador extranjero

Desde la perspectiva del ordenamiento común, extranjero es toda persona física que carece de la nacionalidad española, cuya conservación, mantenimiento y pérdida se ha de determinar por la ley (arts. 11.1 CE y 17 a 27 CC). La carencia de la nacionalidad española puede deberse bien al reconocimiento de una nacionalidad distinta sin poseer la doble nacionalidad que incluya la española, bien a la privación de toda nacionalidad (apátrida).

Partiendo de la carencia de la nacionalidad española como rasgo común, el concepto jurídico-laboral del trabajador extranjero se diversifica en función de su nacionalidad, lo que determina, a su vez, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. De aquí que haya de distinguirse entre tres clases de trabajadores extranjeros:

a) Trabajadores comunitarios y asimilados. Los primeros pertenecen a los Estados miembros de la UE, en tanto los segundos son nacionales de terceros Estados con los que la UE tiene establecido algún acuerdo de asociación, como sucede con el Acuerdo sobre el EEE celebrado entre la UE con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio el 2 de mayo de 1992, que actualmente sólo se aplica a Islandia, Liechtenstein y Noruega, así como con el Acuerdo de 21 de junio de 1999 concertado con la Confederación Suiza.

En cuanto ciudadanos de la UE o asimilados, todos estos trabajadores gozan del derecho fundamental de libre circulación y residencia comunitarias [arts. 20.2.*a*) y 21.1 TFUE]. Dejando ahora a un lado el contenido de la libre circulación, por trabajador comunitario debe entenderse el nacional de un Estado miembro que realiza o está en condiciones de realizar en el territorio de otro Estado por cuenta de un empleador y bajo su dirección una prestación de servicios real y efectiva, no marginal o accesoria, por la que percibe una remuneración.

Es ésta una noción más amplia que la configurada para el de trabajo asalariado en nuestro ordenamiento laboral, puesto que se extiende a los empleos en la función pública, ya sea como trabajador asalariado, ya sea como funcionario. En este sentido, la prohibición de que los derechos de libre circulación se apliquen a los empleos en la Administración Pública (art. 45.4 TFUE), ha de interpretarse restrictivamente, pues la norma comunitaria tan sólo autoriza a excluir «determinadas actividades que impliquen una participación en los poderes públicos y estén conexas a la tutela de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas (SSTJCE 17-12-1980 y 26-5-1982). Salvo estas excepciones, la jurisprudencia comunitaria declara que «en el sistema del Tratado, los funcionarios son considerados como trabajadores por cuenta ajena» (STJCE 24-3-1994). Ese concepto de trabajador comunitario comprende, asimismo, al que desempeñe todo tipo de actividad laboral, bajo cualquier modalidad contractual y duración de la misma, incluso los períodos de inactividad entre la relación laboral extinguida y la próxima que trate de establecerse.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que la ciudadanía de la UE de estos trabajadores es compatible con su condición de extranjeros desde la óptica del Estado miembro comunitario al que no pertenezcan como nacionales, ya que tal ciudadanía comunitaria se reconoce a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, de modo que «se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla» (art. 20 TFUE). Aunque en nuestro ordenamiento no se califique a los ciudadanos comunitarios de extranjeros no es dudoso que técnicamente lo son al no poseer la nacionalidad española. De no ser así carecería de fundamento la aplicación a los mismos, con carácter supletorio y en aquellos aspectos que puedan ser más favorables, de la normativa destinada a los extranjeros extracomunitarios (art. 1.3 LOEX y Disp. Final 4.ª RCUE). Con todo, su singular condición de ciudadanos de la UE permite aplicarles una específica normativa que, básicamente, está constituida por la Directiva 2004/38, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante el RCUE, y por el RLCUE.

b) Trabajadores no comunitarios desplazados temporalmente a España por decisión de una empresa establecida en un país miembro de la UE a fin de realizar un trabajo por cuenta ajena para dicha empresa. Estos trabajadores extranjeros carecen del derecho de libre circulación, pero se benefician de la libertad comunitaria de prestación de servicios atribuida a las empresas (Directiva 96/71 y art. 56 TFUE). Ello supone que no se les exige autorización de residencia y trabajo para desempeñar su cometido laboral en el Estado miembro en el que presten sus servicios, aplicándoseles el principio de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en materia de derechos sociolaborales, si bien debe tenerse en cuenta que, al derivarse su libertad de circulación de la libre prestación de servicios del empresario que les desplaza, aquella libertad encuentra su límite temporal en esta otra empresarial a la que está necesariamente vinculada.

c) Trabajadores extracomunitarios. Estos trabajadores son nacionales de países no comunitarios. Al carecer de la nacionalidad española, la LOEX reserva para ellos el calificativo de extranjeros. Pero debe tenerse en cuenta que lo hace, «a los efectos de la aplicación de la presente Ley» (art. 1.1). La calificación tiene, pues, únicamente unos efectos delimitativos de la normativa aplicable, que es la propia de la inmigración (LOEX y RDEX), sin que tal catalogación impida, como ya se ha señalado, considerar asimismo como extranjeros a los ciudadanos de la UE y asimilados, al carecer éstos también de la nacionalidad española.

Trabajador extracomunitario es, por tanto, el extranjero mayor de dieciséis años perteneciente a un país no comunitario que, previa autorización administrativa para residir y trabajar, ejerce en España cualquier actividad lucrativa de carácter laboral o profesional, esto es, por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 36.1 LOEX).

2. Posición constitucional del trabajador extranjero

El examen de las líneas básicas por las que discurre la vigente regulación de los derechos de empleo de los trabajadores extranjeros ha de tomar como necesario punto de partida la doctrina establecida por el TC, señaladamente en su sentencia 107/1984, más tarde reiterada y matizada en algunos aspectos, en la que se perfila el significado y el alcance de las prescripciones constitucionales respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Doctrina que permite distinguir tres tipos de situaciones respecto de aquellos derechos y libertades en relación con el alcance del principio de igualdad y no discriminación, así como con la dignidad de la persona: situación de plena igualdad, situación de carencia de igualdad y situación de potencial igualdad.

A) Situación de plena igualdad

La primera de estas situaciones comporta «una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español» (STC 107/1984). Se trata, pues, de derechos humanos cuya protección ha de tener alcance universal y respecto de los cuales el valor de la igualdad rige de modo absoluto por imperativo constitucional, al comprender tanto la titularidad como el ejercicio de tales derechos. Queda así excluido que la nacionalidad o cualquiera otra circunstancia o estado de la persona pueda jugar como elemento de válida diferenciación jurídica cuando se trata de derechos humanos. Tales derechos no están atribuidos específicamente a los españoles o a los ciudadanos, sino que su ámbito subjetivo de imputación se identifica con la persona. Por ello, corresponden a los extranjeros en virtud de mandato constitucional, sin que sea jurídicamente admisible un trato desigual de éstos con relación a los españoles en el desarrollo que de los referidos derechos lleve a cabo el legislador ordinario. La propia doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de este primer cauce que proporciona la plena igualdad, atribuyendo a los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE: STC 99/1985), el derecho de reunión (STC 115/1987 y STC 236/2007), el derecho de asociación (STC 236/2007) y el derecho sindicación (STC 236/2007).

De esta plena igualdad de los extranjeros respecto de los españoles en la titularidad y disfrute de los derechos y libertades constitucionales, se deriva el deber normativo de respeto por el legislador de las garantías institucionales establecidas a este propósito (art. 53.1 CE), que actúan como límites de su acción normativa. Entre ellas, en su regulación la ley debe respetar el contenido esencial de aquellos derechos y libertades en las restricciones que lícitamente pueda introducir en el ejercicio de los mismos por los extranjeros. De esta forma, la exigencia de autorización administrativa para las reuniones convocadas por extranjeros desnaturaliza el derecho de reunión afectando a su contenido esencial (SSTC 115/1987 y 236/2007). El derecho de reunión sindical se beneficia también de esta doctrina. De igual modo, la potestad administrativa de acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros resulta totalmente incompatible con la garantía del derecho de asociación constitucionalmente reconocida a los extranjeros (SSTC 115/1987 y 236/2007). Doctrina igualmente aplicable al derecho de sindicación, con la salvedad de que la organización sindical sólo permita la afiliación de trabajadores extranjeros, ya que tal límite vulneraría el derecho de no discriminación.

B) Situación de carencia de igualdad

En esta segunda situación se aprecia un tipo de derechos cuya titularidad queda vedada a los extranjeros en general. Se trata de «derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros» (STC 107/1984).

Tal sucede, conforme a la doctrina del TC, con los que regula el artículo 23 CE: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. La titularidad de tales derechos sólo corresponde, pues, a los españoles. Ahora bien, no debe olvidarse que, pese a la contundente doctrina del TC, esta regla no es absoluta, puesto que existen excepciones relevantes a la exclusión general que de la misma deriva. Excepciones derivadas del acceso de los extracomunitarios residentes en España al servicio de las Administraciones públicas como personal laboral, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la UE (art. 10.2 LOEX) y del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 13.2 CE, en la redacción dada por la Ley de 27 de agosto de 1992).

C) Situación de potencial igualdad

Entre los dos grupos anteriores se encuentra esta categoría intermedia. Está integrada por aquellos derechos en relación con los cuales los extranjeros podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes, siendo admisible en tal caso que se establezcan diferencias respecto a los nacionales en cuanto a su ejercicio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1 CE. Estamos aquí en presencia de derechos que, en línea de principio, sólo corresponden a los españoles, tales como los derechos a elegir libremente la residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 CE), el derecho al trabajo o el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE). Por consiguiente, aunque estos derechos se atribuyen inicialmente a los españoles pueden corresponder también a los extranjeros si así lo prevén los tratados y las leyes, con sujeción a las limitaciones que para su ejercicio tales instrumentos jurídicos puedan establecer.

La norma internacional y la norma interna han establecido limitaciones con incidencia en el régimen jurídico del derecho al trabajo de los extranjeros en España, en su vertiente individual, lo que requiere distinguir a este respecto entre trabajadores extranjeros comunitarios y extracomunitarios.

3. Extranjeros comunitarios

A) Derecho a la libre circulación: contenido

El Tratado de adhesión de España a la Comunidad Europea, suscrito el 12 de junio de 1985 y en vigor a partir del 1 de enero de 1986, supuso para los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el reconocimiento de una serie de derechos en pie de igualdad con los españoles, como consecuencia del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a ciertas limitaciones (art. 21.1 TFUE). A los comunitarios se asimilaron en este terreno con posterioridad los nacionales de los países del EEE, o terceros países, con los que la UE suscribió los correspondientes acuerdos.

El reconocimiento de estos derechos ha obedecido a dos razones principales. La primera es de carácter institucional y asigna a la libre circulación de trabajadores, acompañada del libre desplazamiento de mercancías, personas, servicios y capitales, una función instrumental para el eficaz desarrollo de la actividad económica en el ámbito comunitario. Una segunda razón es de orden material y deriva del similar nivel económico de la renta nacional en los seis Estados miembros fundadores que, si bien se ha reducido con algunas de las posteriores incorporaciones, no alcanza a la acusada disparidad económica existente entre la UE y la mayor parte de los países de los que provienen los trabajadores extracomunitarios. De este modo, se ha estimado que dicha similitud no ponía en peligro la estabilidad de los mercados nacionales de trabajo, por lo que no era necesario instaurar controles rígidos sobre los desplazamientos para acceder a los mismos.

Sobre ese cimiento económico se construye un estatuto del trabajador comunitario dotado de un amplio elenco de derechos, que le coloca claramente en una situación de privilegio jurídico respecto de los trabajadores extracomunitarios. La pieza clave de ese catálogo es el derecho complejo a la libre circulación de trabajadores, que tempranamente fue considerado por la jurisprudencia comunitaria como uno de los derechos fundamentales protegidos por las normas constitucionales de los Estados miembros e incorporados al Derecho comunitario (STJCE 4-5-1974). Del carácter complejo de ese derecho deriva su integración por otros derechos específicos.

a) Derecho a la igualdad de trato

Implica la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores comunitarios en relación al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 TFUE). No rige, por tanto, para los trabajadores de la UE y del EEE el principio de preferencia del mercado nacional de trabajo, que queda superado por el más amplio principio de prioridad del mercado comunitario y de libre acceso al mismo en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro receptor (arts. 45.2 TFUE, 3.4 RCUE y 1 RLCUE), y del que deriva el derecho a la igualdad de trato en las condiciones de empleo y de trabajo (art. 7.1 RLCUE), incluyendo el ejercicio de los derechos sindicales y de participación en la empresa (art. 8 RLCUE).

b) Derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo y derecho de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros

Otros derechos que integran el de libre circulación garantizan la movilidad y residencia intracomunitarias con el objetivo último de facilitar dicha libertad a los trabajadores. A esta finalidad instrumental obedecen los derechos de responder a ofertas efectivas de trabajo y de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros [art. 45.3.*a*) y *b*) TFUE]. El derecho de libre desplazamiento se ejerce mediante la simple presentación del documento de identidad o pasaporte válido. Ello supone que los ciudadanos comunitarios y los familiares del mismo que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro no han de obtener ningún visado para la entrada y la salida de cualquiera de ellos (art. 4.1 y 2, 5, n.os 1 y 2 Directiva 2004/38/CE y 6 RCUE). El ciudadano comunitario que busque un empleo en el territorio de otro Estado miembro ha de recibir en el territorio de éste la misma asistencia que las oficinas de empleo proporcionan a sus propios nacionales (art. 5 RLCUE).

c) Derecho de residir en uno de los Estados miembros a fin de ejercer en él un empleo

Igual carácter funcional a la libre circulación presenta el derecho de residir en uno de los Estados miembros a fin de ejercer en él un empleo con arreglo a las disposiciones aplicables al empleo de los trabajadores nacionales [art. 45.3.*c*) TFUE]. Si el período de residencia es superior a tres meses se exige la inscripción en el Registro Central de Extranjeros para el ciudadano comunitario y la obtención de una tarjeta de residencia para los familiares del mismo que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro (arts. 8.1 Directiva 2004/38/CE y 7 y 8 RCUE).

d) Derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro

Al abrigo de la libre circulación y bajo el criterio de garantizar la libertad de residencia en el interior de la UE se inscribe, en fin, el derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro, bien tras el transcurso de un período de tiempo, bien después de haber ejercicio en él un empleo en determinados supuestos [arts. 45.3.*d*) TFUE y 10 RCUE]. Para acceder al referido derecho en estos dos supuestos se exigen distintos requisitos.

a) Transcurso de un período de tiempo. Haber residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años, tanto los ciudadanos comunitarios como los familiares de éstos que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

b) Desempeño de un empleo. Con anterioridad a la finalización del período de cinco años señalado, el derecho a la residencia permanente se obtiene cuando concurra en el ciudadano de la UE alguna de las tres situaciones siguientes:

- Haber alcanzado la edad de jubilación ordinaria con derecho a pensión en el caso de trabajador por cuenta propia o ajena, o acceder a una jubilación anticipada si se trata de trabajador por cuenta ajena. En ambos casos se exige haber ejercido la actividad en España como mínimo los doce últimos meses y haber residido de forma continuada durante más de tres años. Este período de residencia se exceptúa si el cónyuge o pareja registrada del trabajador es ciudadano español o ha perdido la nacionalidad española tras su matrimonio o inscripción como pareja registrada con el trabajador.
- Haber cesado en el desempeño de la actividad como trabajador por cuenta propia o ajena a causa de una incapacidad laboral permanente, siempre que se haya residido en España durante más de dos años sin interrupción. No se exige tiempo alguno de residencia cuando la incapacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional que atribuya el derecho a una pensión de las que deba hacerse cargo, total o parcialmente, un organismo del Estado español.
- Haber desempeñado una actividad por cuenta propia o ajena durante tres años consecutivos de actividad y residencia continuadas en España, pasando después a realizar su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro, manteniendo su residencia en España y regresando al territorio español diariamente o una vez por semana como mínimo.

Los familiares del trabajador comunitario titular del derecho de residencia permanente en España de acuerdo con los supuestos *b*) y *c*) tendrán, asimismo, el derecho derivado de residencia permanente.

B) Derecho a la libre circulación: limitaciones

La condición jurídica de extranjero que el ciudadano de la UE, del EEE o los miembros de su familia también poseen no sólo se plasma en la carencia de algunos derechos constitucionales reservados a los españoles. También se expresa en las restricciones al derecho a la libre circulación comunitaria que la normativa vigente establece para aquellas personas. En este sentido, razones de orden público, seguridad y salud públicas, pueden imponer la adopción por la autoridad administrativa de alguna de las siguientes medidas: impedir su entrada en España aunque presenten la documentación legalmente exigida, denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o la expedición o renovación de la tarjeta de residencia u ordenar su expulsión o devolución del territorio español (art. 15.1 RCUE).

La adopción de dichas medidas ha de estar jurídicamente fundada y atenerse, por tanto, a determinados criterios, cuyo enunciado revela el carácter excepcional de aquéllas. En el supuesto de que la medida se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, la misma ha de basarse «en la conducta personal de quien sea objeto de aquellas que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales…». A este respecto no es razón suficiente, por sí sola, para adoptar la oportuna medida el hecho de que existan condenas penales anteriores [art. 15.5.*d*) RCUE]. Por otra parte, la necesidad de individualizar la conducta objeto de aquella medida ha sido subrayada por la jurisprudencia comunitaria (STJCE 19-1-1999 y 26-11-2002). Así, la actuación ilegal y grave de una organización a la que pertenezca un trabajador comunitario no podría fundar la adopción de la referida medida sancionadora si éste no tuviera participación alguna en dicha actuación.

Cuando la medida se adopte por razones de salud pública, ésta sólo puede justificarse desde la protección general de la misma, es decir, si se trata de «enfermedades con potencial endémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente» (art. 15.9 RCUE).

Especial relevancia tiene respecto de estas medidas restrictivas a la libre circulación el rechazo a acoger el criterio negativo, en el sentido de que tales medidas puedan adoptarse con fines económicos [art. 15.5.*c*) RCUE]. Ello descarta, por ejemplo, la invocación de la difícil coyuntura económica general o la existencia de una determinada tasa de desempleo para justificar la medida. El respeto a este criterio negativo reviste gran importancia en las fases depresivas del ciclo económico, especialmente en situaciones de crisis económica grave acompañadas de una elevada tasa de desempleo, dado que, en tales casos, los Estados receptores de inmigración tienden a desembarazarse de trabajadores extranjeros invocando la desfavorable situación por la que atraviesa la economía nacional.

4. Extranjeros extracomunitarios

A) La prioridad del mercado nacional de trabajo

De acuerdo con la doctrina constitucional antes reseñada, el libre acceso de los trabajadores extracomunitarios a los mercados estatales de trabajo queda supeditado a la acción normativa internacional y a la de orden interno.

En la esfera internacional propiamente dicha, el derecho a emigrar no se halla explícitamente reconocido, garantizándose tan sólo la libertad de emigrar en los artículos 13.2 DUDH y 12.2 PIDCP a título de derecho humano. La consecuencia lógica del ejercicio de esa libertad habría de permitir al inmigrante económico el acceso a un empleo en otro Estado y el ejercicio del derecho al trabajo, cuya catalogación jurídica es la de derecho humano atribuido a «Toda persona» por los artículos 23.1 DUDH y 6.1 PIDESC, al margen, por tanto, de su nacionalidad.

En el ámbito comunitario, el derecho humano al trabajo o bien queda restringido a los ciudadanos de la unión y a determinados familiares con exclusión de los inmigrantes, o bien es específico para los nacionales de terceros Estados con los que el Estado miembro tenga suscritos los correspondientes tratados. La normativa comunitaria sobre inmigración, en contraste con el espacio de libertad, seguridad y justicia que delimita las fronteras interiores de la UE, en las que se asegura «la ausencia total de controles de las personas» [art. 77.1.*a*) TFUE], se dirige a «garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores» (art. 77.1.*b*) TFUE), lo que comporta el desarrollo de «una política común de asilo, inmigración y control… que esté basada en la solidaridad entre los Estados miembros y que sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países» (art. 67.2 TFUE).

Este tratamiento dual permite aplicar la solidaridad interna entre los Estados miembros y una restrictiva concepción de la equidad en las fronteras exteriores, entendida como instauración en éstas de controles homogéneos e impeditiva de la libre circulación para los trabajadores extracomunitarios, a los que no alcanza el principio de igualdad de trato en esta materia, quedando así circunscrita aquella libertad a los ciudadanos de la unión y a determinados familiares de éstos (SSTJCE 24-9-1998 y 11-7-2002). Con ello no se trata sólo de la evidente necesidad de combatir la ilícita actividad del tráfico internacional de la fuerza de trabajo, a fin de «garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia» (art. 67.3 TFUE). También, y de modo especial, se pretende poner coto al libre acceso a los mercados de trabajo de los Estados miembros, habida cuenta de que determinado volumen de inmigración laboral es inasumible por aquellos mercados. Sin embargo, la constatación de esta realidad laboral limitativa no va acompañada, con igual intensidad, de medidas suficientes y adecuadas a fin de resolver sin lenitivos las causas de esta inmigración, dotando a los países de donde surge de los instrumentos ne-

cesarios para su desarrollo socioeconómico y político, de forma que dichas causas —pobreza, desempleo y falta de oportunidades de trabajo en dichos países, derivadas, en gran medida, de la carencia de políticas de inversión productiva, de regímenes políticos democráticos y de una distribución adecuada de la renta— no actúen como mecanismos impulsores e inevitables de los movimientos migratorios.

El doble criterio asumido por la norma comunitaria conforme al origen geográfico del extranjero, tiene también su reflejo en la esfera interna de los Estados miembros. El legislador, dada la libertad de configuración que le atribuye la citada doctrina del TC en relación con los derechos que sólo corresponden a los españoles salvo que los tratados y las leyes los reconozcan a los extranjeros, adopta como criterio regulador en materia de acceso al empleo el principio de prioridad o preferencia del mercado nacional de trabajo, con la salvedad de algunos supuestos que después se examinarán. Para ello, en primer lugar reserva a los españoles y a los trabajadores comunitarios y asimilados, los derechos de libre entrada y salida de España, de libre elección de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE en relación con los arts. 21.1 y 45.1 y 2 TFUE). Una vez restringida la libertad de circulación para los extranjeros extracomunitarios, el derecho al trabajo queda atribuido asimismo a los españoles y trabajadores comunitarios y asimilados [art. 35.1 CE en relación con el art. 45.3.*a*) y *b*) TFUE].

La falta de reconocimiento del derecho constitucional al trabajo a los extranjeros extracomunitarios no puede suplirse mediante su atribución a toda persona como derecho humano en las citadas normas internacionales. Lo impide la doctrina constitucional al señalar que el artículo 10.2 CE se limita a establecer un canon interpretativo obligatorio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE conforme al contenido de los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, contenido que en la práctica «se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución» (STC 36/1991). Por consiguiente, dicho precepto «No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución» (STC 36/1991), lo que es consecuente con la subordinación jerárquica al texto constitucional de dichos instrumentos internacionales (art. 95.1 CE).

La exclusión del derecho constitucional al trabajo de los extranjeros extracomunitarios frente a la norma internacional a fin de proteger el mercado estatal de trabajo, conduce al establecimiento de ciertos medios de control para su acceso al mismo: las autorizaciones de residencia y trabajo, la gestión colectiva de contrataciones en origen y los procesos de regularización de dichos trabajadores. Los dos primeros actúan con carácter previo al desempeño de la actividad laboral, en tanto que el tercero se utiliza con posterioridad a ese ejercicio.

B) Medios de control en el acceso al empleo

a) Autorizaciones de residencia y trabajo

Con algunas salvedades (residencia temporal no lucrativa, reagrupamiento familiar…), la mayor parte de las autorizaciones que acreditan la situación administrativa regular en España de los extranjeros extracomunitarios se refieren a las de residencia y trabajo. En cuanto aquí importa, la normativa de aplicación en la materia distingue varias clases de autorizaciones de residencia y trabajo, atendiendo a dos criterios. Por un lado, la naturaleza jurídica de la actividad laboral, diferenciando entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia. Por otro, y en el marco del anterior, un segundo criterio atiende a la duración de la autorización, lo que permite, a su vez, distinguir entre autorizaciones temporales, ya sean iniciales ya sucesivas, y autorizaciones permanentes. Estas últimas, que la norma califica como «residencia de larga duración», autorizan al extranjero extracomunitario «a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles» (art. 147.1 RDEX).

En todo caso, la autorización se concede junto con la de residencia en un solo acto administrativo y en único documento, salvo los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas y otros reglamentariamente establecidos (art. 36.1 LOEX).

a') Autorizaciones temporales

Atendiendo a la finalidad a que responde la residencia, pueden distinguirse las siguientes clases de autorizaciones temporales de residencia y trabajo (arts. 31 bis LOEX y 45.2 RDEX).

a'') Trabajo por cuenta ajena

Esta autorización regula un supuesto de carácter general junto otros de índole especial, que, en atención al tipo de actividad laboral a desarrollar, se rigen, además, por ciertas reglas específicas.

1.º Supuesto general

Salvo los supuestos excluidos o exceptuados, el extranjero mayor de dieciséis años que pretenda trabajar en España como trabajador asalariado ha de someterse a lo establecido al respecto en «la legislación específica sobre la materia» [art. 7.*c*) ET]. El sometimiento a dicha legislación se enmarca por dicho precepto estatutario en la óptica de la capacidad para contratar, aunque, en rigor, se trata de un requisito relativo a la aptitud legal para trabajar, puesto que la exigencia de obtener esta autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena no afecta al consentimiento del trabajador y a la posible concurrencia de algún vicio que lo invalide (error, violencia, intimidación o dolo). En la mencionada legislación específica (en esencia, la LOEX y el RDEX) la regulación se efectúa sobre la base de la duración de la autorización y las circunstancias que la motivan.

Con la salvedad de los citados supuestos, la actividad laboral del extranjero no comunitario que no resida en España comienza con una autorización inicial que le permite residir y trabajar en España por cuenta ajena durante un año, siempre que haya obtenido el correspondiente visado y haya sido dado de alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda (art. 63.1 y 5 RDEX). La autorización «se limitará, salvo los casos previstos por la Ley y en los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación» (arts. 38.5 LOEX). El ámbito geográfico de la autorización inicial puede ser el que fijen dentro de su territorio las CCAA que tengan reconocidas competencias en dicha materia (art. 63.5 RDEX).

El sujeto obligado a solicitar esta autorización es el empresario, excepto en aquellos supuestos específicos en que el extranjero que se encuentre en España esté habilitado para formalizarla. En ambos casos, junto a la pertinente documentación, se ha de acompañar el contrato de trabajo firmado «que garantice una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización» (arts. 36.4 y 38. 3 LOEX y 67.1 y 2 RDEX).

La concesión de la autorización inicial exige el cumplimiento de determinados requisitos. Unos se refieren a la residencia (no encontrarse irregularmente en el territorio español, carencia de antecedentes penales, transcurso del plazo de compromiso de no regreso a España asumido en el marco de su retorno voluntario al país de origen…). Otros atañen a la actividad laboral a desarrollar (situación nacional de empleo que permita la contratación, ajuste de las condiciones del contrato de trabajo a la normativa vigente, disponibilidad por el empleador de medios económicos, materiales o personales suficientes para el proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, capacitación y cualificación profesional del trabajador legalmente exigida…).

Una vez que se conceda la autorización, su eficacia queda supeditada a la obtención del visado y posterior alta del trabajador en el régimen de la Seguridad Social que corresponda en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España (arts. 38.3 LOEX y 67.7 RDEX). En el plazo de un mes desde que se

notifique al empresario la resolución autorizatoria, el trabajador debe solicitar personalmente el visado de residencia y trabajo, que se expedirá, si aquél reúne los requisitos exigidos, por las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares de España ubicadas en el país de su residencia (art. 70.2 y 5 RDEX). Según la duración de la actividad laboral autorizada, el visado será de residencia y trabajo ordinario o de residencia y trabajo de temporada [art. 25.bis.2.*d*) y *e*) LOEX y 7.1 RDEX].

Esta primera autorización está sujeta a la limitación impuesta por la prioridad del mercado nacional de trabajo, de modo que la «situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero» [art. 64.3.*a*) RDEX], para cuya apreciación la Administración Laboral dispone de una discrecionalidad, no absoluta, pero sí muy amplia. Para concretar al máximo dicha situación, el trabajo a desempeñar o bien ha de estar incluido en el «catálogo de ocupaciones de difícil cobertura», elaborado trimestralmente para cada provincia o demarcación territorial por el SPE, o bien, sin que exista dicha inclusión, el empleador ha de acreditar la dificultad de cubrir el puesto ofertado, aportando ante la Oficina de Extranjería certificación del SPE en la que conste la insuficiencia de demandantes para aceptar la oferta (arts. 38.2 LOEX y 65.1 y 2 RDEX).

La autorización inicial puede renovarse por un período de dos años, salvo que pueda corresponder una autorización de residencia permanente. La autorización renovada permite el ejercicio de cualquier actividad laboral en cualquier parte del territorio nacional. En plazo de un mes desde que reciba la resolución de renovación, el trabajador debe solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero (art. 72 RDEX). En este supuesto de renovación no entra en juego la prioridad del mercado nacional de trabajo (art. 71 RDEX), limitándose a este respecto la facultad discrecional de la Administración, al valorarse aquí circunstancias de carácter laboral (por ejemplo, continuidad o renovación del contrato de trabajo, celebración de otro nuevo, o percepción de prestación contributiva por desempleo) o social (por ejemplo, suspensión o extinción del contrato de trabajo por tratarse de trabajadora víctima de violencia de género).

2.º Supuestos especiales

La autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena puede también concederse en determinados supuestos especiales en razón de la finalidad del trabajo a desarrollar, de la cualificación profesional y de la duración de la actividad. Las reglas del supuesto general les son aplicables con las singularidades de cada uno de estos supuestos.

1) *Investigadores*. La autorización inicial habilita al extranjero, cuya residencia esté fuera de España y haya obtenido el correspondiente visado, a llevar a cabo un proyecto de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado por un organismo de investigación autorizado con esta finalidad (arts. 38 bis.1 LOEX y 74.1 RDEX). El convenio de acogida ha de incorporar el contrato de trabajo firmado por el organismo y el investigador, estando condicionada su fecha de inicio a la concesión de la autorización (art. 75.2 RDEX). La duración de la autorización se sitúa entre un mínimo de tres meses y un máximo de cinco años, debiendo coincidir su vigencia con la duración del proyecto de investigación para el que se concede (art. 74.2 RDEX). La autorización puede renovarse por períodos anuales, salvo que corresponda autorización de residencia y trabajo permanente (art. 82.1 RDEX).

2) *Profesionales altamente cualificados*. Titulares de la clase de autorización que se examina pueden ser, asimismo, los profesionales extranjeros altamente cualificados. La normativa establece dos cauces para adquirir esa consideración. Por un lado, contar con cualificación de enseñanza superior de duración mínima de tres años que permita ejercer una profesión con exigencia de un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada. Por otro, acreditar un mínimo de cinco años de experiencia profesional relacionada con la actividad objeto de autorización y que pueda considerarse equiparable a la anterior cualificación (arts. 38 ter.1 LOEX y 85 RDEX).

Su duración es de un año y puede ser renovada por períodos bianuales, salvo que proceda una autorización de residencia permanente (arts. 86.2 y 93.2 RDEX).

3) *Trabajos de duración determinada*. En este supuesto especial se encuentran los extranjeros mayores de dieciséis años autorizados a permanecer en España y ejercer trabajo por cuenta ajena en actividad de campaña o temporada, obras o servicios o formación y prácticas profesionales (arts. 42 LOEX y 97 y 98.1 y 2 RDEX). Por la propia naturaleza del trabajo a desempeñar, la duración de la autorización es limitada. En el supuesto de actividades de campaña o temporada, dicha duración se extiende a la fijada en el contrato o contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos. En los restantes supuestos, tal duración ha de coincidir con la del contrato o, si en éste no se establece la vigencia, con la duración prevista de la actividad, sin que en ningún caso pueda excederse el límite máximo de doce meses (art. 98.3 RDEX).

La autorización inicial puede ser prorrogada. Las de temporada o campaña hasta nueve meses en función del período de contratación inicial. En los restantes supuestos pueden darse dos situaciones. En virtud de la primera, la prórroga puede solicitarse cuando no se ha sobrepasado el período de doce meses contados desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización, debiendo acreditar el empleador que la prórroga se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad que consten en el contrato y sin que el citado límite de doce meses pueda sobrepasarse, incluida la prórroga que se conceda. La segunda situación supone que se ha excedido el antedicho límite de los doce meses, de forma que aquí la concesión de la prórroga tiene carácter excepcional, correspondiendo al empleador acreditar en los mismos términos exigidos para la anterior situación, así como la necesidad sobrevenida de que la relación laboral continúe (art. 102 RDEX). En esta segunda situación, la norma deja implícitamente a la discrecionalidad administrativa la duración de la prórroga si se estima que la misma puede concederse.

4) *Prestaciones transnacionales de servicios*. En este subtipo la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena se ciñe a las actividades desarrolladas en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. A efectos de la autorización inicial de residencia y trabajo, tales prestaciones son aquellas en las que el trabajador extranjero, en virtud de relación laboral y bajo ciertos requisitos, depende de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la UE ni al EEE y se desplaza temporalmente a un centro de trabajo situado en España para prestar sus servicios (arts. 43.1 LOEX y 110.1.1.º RDEX). El desplazamiento puede producirse bajo distintos supuestos (art. 110.1 RDEX):

- Por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de los servicios que esté establecido o ejerza su actividad en España.
- A centros de trabajo en España de la misma empresa contratante o de otra empresa del grupo de la que ésta forma parte.
- Cuando afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Limitada la autorización inicial a una ocupación y ámbito territorial concretos, su duración ha de coincidir con el período del desplazamiento del trabajador, sin que pueda exceder el límite de un año (art. 110.3 RDEX). La autorización es susceptible de prórroga, bien por el período que se haya previsto para la continuidad de la actividad objeto de la autorización inicial, con el límite máximo de un año, o bien por el período previsto en los Convenios Internacionales firmados por España, siempre que se acredite, en ambos casos, la existencia de idénticas condiciones a las exigidas para conceder dicha autorización (art. 115.1 RDEX).

5) *Retorno voluntario*. El extranjero titular de una autorización de residencia temporal que retorne voluntariamente a su país, ya sea por acogerse a un programa de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado, ya sea al margen de cualquier programa, asume el compromiso de no regresar al territorio español durante el período fijado en el referido programa o en la solicitud al margen del mismo. Cuando finalice la vigencia del compromiso, o cuando dicho programa no lo fije o el retorno se produzca voluntariamente al margen de cualquier programa, el extranjero puede so-

licitar de nuevo una autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo transcurridos tres años desde la fecha de retorno a su país de origen. Como peculiaridades adicionales de esta autorización deben señalarse la inaplicación del requisito de la situación de empleo en el supuesto de retorno por acogimiento a un programa estatal, la tramitación preferente que debe darse al procedimiento de solicitud de dicha autorización y la fijación de un plazo máximo de cuarenta y cinco días para su resolución y notificación desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente [arts. 120.*a*) 122 RDEX].

3.º Solicitud de autorización y efectos de su carencia

Como regla general, las autorizaciones temporales de residencia y trabajo por cuenta ajena han de ser solicitadas por el empleador (art. 36.4 LEX), salvo que el extranjero se encuentre en España y pueda presentar la correspondiente solicitud para su obtención en los supuestos excepcionales de autorización temporal (art. 38.3 LEX).

Respecto de la autoridad competente para conocer de estas solicitudes, hay que tener en cuenta que la competencia exclusiva del Estado en materia de «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo» (art. 149.1.2.ª CE) no es concluyente a estos efectos. Porque en este ámbito material de la inmigración también incide la «legislación laboral» y debe recordarse que, como ya se estudió en su momento (Capítulo 2, II, 4), el Estado ostenta competencia compartida sobre la dicha legislación, pues su reconocimiento se efectúa «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.7.ª CE). En el marco de dicha ejecución se incluye la concesión por las CCAA de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, por cuenta ajena o propia (arts. 37.3 y 38.8 LOEX).

Con carácter general, el plazo máximo para notificar la resolución de la solicitud es de tres meses desde el día siguiente a aquel en el que ésta haya sido registrada por el órgano competente. El transcurso de dicho plazo sin que tal notificación se realice debe entenderse como desestimación. Igual plazo y sentido del silencio administrativo rige para las solicitudes de prórroga o renovación de la autorización (Disp. Adic. 1.ª1 y 2 LOEX, Disp. Adic. 12.ª1 y Disp. Adic. 13.ª RDEX).

El plazo será de un mes, con el mismo cómputo señalado, en el supuesto de solicitudes de modificación de las limitaciones de territorio u ocupación de la autorización inicial, siendo aquí estimatorio el silencio administrativo cuando se sobrepase el plazo sin notificación (Disp. Adic. 3.ª3 LOEX).

Obtenida la autorización, el extranjero debe recibir un trato igual que los españoles en el ejercicio del derecho al trabajo (art. 3.1 LEX). No obstante, hay que tener en cuenta que los filtros de control para acceder al territorio nacional y al mercado de trabajo no resultan siempre eficaces, por cuya razón se producen con relativa frecuencia situaciones de irregularidad. En este supuesto, la norma establece que «La carencia de autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de los supuestos contemplados por los convenios internacionales u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desem-pleo» (art. 36.5 LEX).

Sale así al paso la LEX de la jurisprudencia mayoritaria que consideraba nulo el contrato de trabajo del extranjero no autorizado a residir y trabajar en España. Ahora, el contrato así ejecutado adolece de un requisito de licitud pero no de validez, de modo que el contrato no puede calificarse como nulo (SSTS 9-6-2003, 29-9-2003 y 7-10-2003). Esta nueva calificación legal queda patente en la exigencia de responsabilidades al empresario (administrativa, penal y, en su caso, civil), así como en la precisión normativa de que «el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero» (art. 36.5.2.º LOEX), de forma que esta situación sigue siendo irregular hasta tanto se obtenga la correspon-

diente autorización, no pudiendo interpretarse en modo alguno que se ha producido una convalidación tácita de la misma en virtud de aquel reconocimiento.

La exclusión de la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin aquella autorización, permite atribuirle la titularidad de los derechos inherentes a dicha relación contractual. Por ejemplo, en materia de extinción del contrato (STS 29-9-2003) o de protección derivada de contingencias profesionales (STS 9-6-2003). Asimismo, ha de considerarse que ostenta dicha titularidad respecto de las contingencias comunes, ya que la imposibilidad de que el trabajador extranjero esté incluido en el sistema de la Seguridad Social no impide la obtención de las prestaciones que puedan corresponderle (art. 42.2 RDIAAB y 36.5.1.º LOEX) cuando reúna los requisitos exigidos en cada una de ellas para su reconocimiento, produciéndose así una suerte de asimilación del mismo a los sujetos protegidos por dicho sistema y evitándose, al tiempo, que a la situación irregular no provocada por el trabajador se añada la ausencia de protección social. En este sentido, la regla del artículo 36.5.1.º LOEX, en cuanto ley especial, ha de prevalecer respecto de la regla general contemplada en el artículo 14.3 del mismo cuerpo legal, conforme a la cual «Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas». Por consiguiente, en esa situación de carencia de autorización de residencia y trabajo las prestaciones sociales a las que puede acceder dicho trabajador no sólo son las básicas, sino todas aquellas que le puedan corresponder de acuerdo con la normativa de aplicación.

Debe de tenerse en cuenta, asimismo, a la luz del mencionado cambio legal y de la jurisprudencia que lo interpreta, que no es factible aplicar al extranjero la sanción principal de multa (STS 31-1-2006) o la subsidiaria y especialmente motivada de expulsión del territorio español en el específico y único supuesto de que se encuentre trabajando por cuenta ajena en España sin la pertinente autorización para ello (art. 53.1, b) LOEX), porque, como ya se señaló en su momento, corresponde al empresario la obligación de solicitar dicha autorización (art. 36.4 LOEX). Por el contrario, las citadas sanciones podrían imponerse, conforme al procedimiento prescrito, tanto al trabajador extranjero por cuenta propia que no hubiera solicitado dicha autorización (art. 106.1 RDEX), como al trabajador extranjero, por cuenta ajena o propia, que cometiera alguna infracción distinta de la anterior y legalmente tipificada como grave o muy grave (arts. 53 y 54 LOEX; STS 15-10-2007 y STSJ/Murcia de 18-3-2010). Con todo, en este caso la sanción de expulsión queda expresamente excluida por razones vinculadas a la protección social del extranjero (beneficiarios de IP derivada de AT o EP ocurridos en España, beneficiarios de prestación contributiva por desempleo o económica asistencial de carácter público dirigida a su inserción o reinserción social o laboral y mujeres embarazadas cuando la expulsión suponga un riesgo para la gestación o salud de la madre: art. 57, 5, d) LOEX).

b") Trabajo por cuenta propia

La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia presenta ciertos rasgos diferenciales respecto de los establecidos para el supuesto general de trabajo por cuenta ajena. Los más destacados son los que seguidamente se señalan:

1.º *En relación con la actividad y medios disponibles* (arts. 37.1 LOEX y 104 y 105.3 RDEX) se exige:

- Cumplir con los requisitos exigidos por la legislación vigente a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.
- Acreditar la suficiencia de la inversión prevista para la implantación del proyecto empresarial, así como la incidencia, en su caso, en la creación de empleo. La salvedad se justifica porque la actividad a desarrollar puede realizarse únicamente por el trabajador autónomo sin requerir la contratación de personal.
- Contar con recursos suficientes para su manutención y alojamiento.

2.º *Inexigencia del indicador de la situación nacional de empleo*. La razón de ello no sólo es estructural, dado que el muy inferior número de trabajadores autónomos en relación a los asalariados (en torno al 16 por 100) no menoscaba de forma significativa la composición del mercado de trabajo en cuanto a las posibilidades de empleo de estos últimos. Es, sobre todo, una razón de orden cuantitativo —y, en su caso, cualitativo en función de la cualificación profesional que exija la actividad—, ya que una parte de los trabajadores extranjeros que se establecen como autónomos contribuye a crear empleo, aunque sea en pequeña escala dada la reducida dimensión que suelen tener las empresas que constituyen.

3.º *Presentación personal por el propio trabajador de la solicitud* ante la oficina consular correspondiente a su lugar de residencia (art. 106.1 RDEX).

4.º *Concreción territorial de la autorización*. Ésta ha de limitarse a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de la actividad (art. 104 RDEX).

c") Autorizaciones por circunstancias excepcionales

Determinadas circunstancias excepcionales permiten conceder autorización de residencia temporal con vigencia de un año y posible renovación por igual período de tiempo. La concesión de la residencia temporal implica autorización de trabajo, por cuenta ajena o propia, por el mismo período de vigencia de la primera en los supuestos de arraigo, salvo la que se conceda a los menores de edad laboral o en los casos en que se exima de la necesidad de contar con contrato de trabajo (art. 129.1 RDEX). En los restantes supuestos debe de presentarse la correspondiente solicitud para obtener ambas autorizaciones (arts. 129.2, 132.1, 136.1 y 144.1 RDEX). Rasgo común a esta clase de autorizaciones es la inexigencia, salvo excepción expresamente establecida, de que deba tenerse cuenta para concederlas la situación nacional de empleo.

La regulación de los aspectos básicos de estos supuestos excepcionales, obedece a la siguiente caracterización (arts. 123 a 146 RDEX).

1.ª *Arraigo laboral*. Requiere acreditar la permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años, la carencia de antecedentes penales en España y en el país de origen (requisito redundante que ya se exige para toda autorización de residencia temporal en el art. 31.5 LOEX) y la existencia de relaciones laborales por tiempo no inferior a seis meses. Hay que tener en cuenta que este supuesto se refiere a la situación irregular en que se encuentra el extranjero que ha sido contratado sin autorización de residencia y trabajo, puesto que el interesado debe acreditar la relación laboral mediante resolución judicial o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo que la acredite.

2.ª *Arraigo social*. Exige permanencia continuada en España durante un mínimo de tres años, carencia de antecedentes penales en España y en el país de origen (igualmente redundante), contrato de trabajo en el momento de la solicitud firmado por ambas partes y con una duración no inferior al año. Asimismo, debe acreditarse, de forma alternativa, bien mediante la existencia de vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien mediante informe emitido por la Comunidad Autónoma o por el Ayuntamiento en cuyo territorio se tenga el domicilio habitual —cuando así lo haya establecido la Comunidad Autónoma competente—, acreditativo de su integración social (tiempo de permanencia en el domicilio, medios de vida, programas de inserción sociolaboral en los que haya participado…). El órgano autonómico o local que emita el informe puede recomendar a la autoridad laboral que se exima al extranjero del requisito del contrato de trabajo cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes. En este supuesto, se establece la posibilidad de determinar reglamentariamente la aplicación de la situación nacional de empleo.

Sin justificación explícita, aunque tácitamente pueda conjeturarse su razón de ser en la situación de crisis económica, desde 2013 y hasta 2015 inclusive viene quedando sin efecto la aplicación del mandato recogido en el artículo 2 ter, 4 LOEX a fin de que el Gobierno y las CCAA acuerden en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes (Disp. Adic. 72ª LGPE-2015), renunciado así por el momento aquellos poderes públicos a la financia-

ción de dichos programas, sobre cuya necesidad resulta ocioso abundar a la luz de la realidad social que la norma suspendida pretende abordar mediante la acción positiva.

3.ª *Arraigo familiar*. Este tipo de arraigo puede dar lugar asimismo a la autorización de residencia temporal y trabajo en dos supuestos. En virtud del primero, el solicitante extranjero ha de ser padre o madre de un menor de nacionalidad española, tenerlo a su cargo y convivir con él o, sin convivencia, estar al corriente de sus obligaciones paterno-filiales respecto al mismo. Conforme al segundo supuesto, el solicitante extranjero ha de tener la condición de hijo de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

4.ª *Razones de protección internacional*. La autorización de residencia temporal y, en su caso, de trabajo, puede concederse a los extranjeros extracomunitarios y a los apátridas en tres supuestos. En primer lugar, a quienes se les haya inadmitido a trámite o denegado la protección internacional pero cuenten con autorización de permanencia en España, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.*b*) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, sobre el derecho de asilo y la protección subsidiaria. En segundo lugar, y de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley 12/2009, a la persona solicitante de protección internacional se le puede autorizar la permanencia en España conforme a la LOEX y por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria (referidas por ejemplo, a la protección contra la devolución, autorización de residencia y trabajo permanente, acceso a los servicios públicos de empleo…). El tercer supuesto alude a los extranjeros desplazados a los que se les aplica la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (Directiva 2001/55/CE y arts. 16 y 19 del RD 1.325/2003, de 24 de octubre).

5.ª *Razones humanitarias*. Este supuesto posibilita acceder a la autorización a los extranjeros que se encuentren en distintas circunstancias:

- Víctimas de delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 314 CP), siempre que haya recaído resolución judicial definitiva.
- Víctimas de delitos en los que concurra la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con igual requisito de resolución judicial definitiva.
- Enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada no accesible en el país de origen y cuya interrupción o no recepción suponga un grave riesgo para su salud o su vida. La renovación de esta autorización alcanza al tiempo necesario mínimo para completar el tratamiento.
- Peligro para su seguridad personal o la de su familia. En este caso se deben reunir, asimismo, los requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

6.ª *Razones de colaboración con las autoridades públicas, de seguridad nacional o de interés público*. En este supuesto se encuentran bien los extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra las redes organizadas, o bien cuando existan razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España.

7.ª *Colaboración contra redes organizadas*. Se beneficia de este supuesto el extranjero en situación irregular que habiendo sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral, de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico o colabora con las autoridades competentes proporcionando datos o testimonio al respecto. En tal caso, el extranjero puede quedar exento de responsabilidad administrativa y no ser expulsado, obteniendo una autorización provisional de residencia y trabajo, por cuenta ajena o propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, hasta tanto se dicte resolución sobre la solicitud de autorización defini-

tiva. La denegación de ésta supone la pérdida de vigencia de la autorización provisional, sin perjuicio de que el extranjero puede solicitar autorización de residencia por circunstancias excepcionales alegando un supuesto distinto.

8.ª *Mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género*. Este supuesto se refiere a la mujer víctima de la violencia de género que se halla en situación administrativa irregular, evidenciada como consecuencia de la denuncia de dicha situación de violencia. En tal caso, ha de suspenderse el expediente administrativo sancionador que pueda haberse incoado hasta que finalice el proceso penal. Entre tanto, la mujer puede solicitar y obtener una autorización provisional de residencia y trabajo por este motivo, ya sea por cuenta ajena o propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. La posible autorización provisional a favor de los hijos mayores de dieciséis años tiene el mismo alcance.

Cuando el proceso penal concluya con sentencia condenatoria o resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, pueden darse dos supuestos. Que se haya solicitado la autorización provisional, en cuyo caso procede su concesión con una duración de cinco años. O que tal solicitud no se haya presentado, debiendo en este supuesto el Ministerio Fiscal informar a la mujer afectada de la posibilidad de que la presente en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación de la sentencia o resolución judicial, con iguales efectos a los previstos para el supuesto anterior.

Si el proceso penal finaliza sin sentencia condenatoria o sin la mencionada resolución, se abren, asimismo, dos posibilidades. En el caso de que se haya solicitado la autorización provisional, procede su denegación. Si se hubiera concedido, opera la automática pérdida de eficacia de la misma. En ambos casos, procede iniciar o continuar el expediente sancionador hasta su resolución.

9.ª *Víctimas de trata de seres humanos*. A la persona extranjera en situación irregular que haya sido víctima de trata de seres humanos y que, tras un período de restablecimiento y reflexión, decida cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal, se le puede ofrecer por la autoridad competente una doble posibilidad legal, a su elección y previa exención de la responsabilidad administrativa derivada de aquella situación irregular. Por un lado, el retorno asistido a su país de procedencia. Por otro, la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. En el supuesto de que elija esta segunda opción, puede concedérsele una autorización provisional de esa clase, ya sea por cuenta ajena o propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. La eficacia y duración de esta autorización se extiende hasta la posible concesión de la autorización definitiva que, en caso de concederse, tendrá una vigencia de cinco años y el mismo alcance que la anterior. Si la víctima es menor de edad, todas las actuaciones que deban realizarse en virtud de lo dispuesto al efecto en el capítulo IV RDEX han de velar por la preservación del interés superior de aquél, derivado de su minoría de edad (arts. 59 bis LOEX y 140 a 146 RDEX).

d") Excepciones a la autorización temporal de trabajo

La prioridad del mercado nacional de trabajo cede en determinados supuestos en los que se exceptúa la obligación de obtener autorización temporal de residencia y trabajo a los extranjeros extracomunitarios (arts. 41 LOEX y 117 DREX). Se trata de casos de entidad cuantitativa menor y de carácter temporal, tales como técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por algún organismo público o privado; profesores extranjeros contratados por una universidad española; funcionarios civiles y militares extranjeros para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación; corresponsales de medios de comunicación social acreditados; artistas extranjeros que no realicen una actividad continuada; o religiosos o representantes de iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el registro público correspondiente, siempre que limiten sus actividades a funciones estrictamente religiosas o miembros de órganos de representación, gobierno y administración de sindicatos y organizaciones empresariales reconocidos internacionalmente cuando su actividad se limite a desempeñar las funciones inherentes a dicha condición.

Si el extranjero no es residente en España, sólo debe solicitar el correspondiente visado temporal ante la oficina consular española del lugar de su residencia. El visado incorpora la autorización temporal de residencia con excepción de la autorización de trabajo. Su duración, siempre temporal, se ciñe al período necesario para desempeñar la actividad. Cuando el extranjero resida en España, ha de solicitar de la autoridad laboral el reconocimiento de la excepción, aportando la documentación justificativa. La vigencia del reconocimiento depende de la actividad o programa a desarrollar. En este supuesto, el reconocimiento inicial no puede superar el año, ni los dos años cada una de las dos renovaciones que sucesivamente pueden concederse siempre que subsistan las circunstancias determinantes de la excepción.

Supuesto técnicamente distinto al anterior es el de las personas excluidas del ámbito de aplicación de la LOEX, conforme a su artículo 2 (tales como agentes diplomáticos, funcionarios consulares, representantes, delegados y otros miembros de Misiones permanentes o de Delegaciones ante Organismos intergubernamentales con sede en España o Conferencias internacionales que se celebren en ella, así como sus familiares). Al no quedar sujetos a la legislación de extranjería, estas personas están exentas de la obligada obtención de las autorizaciones de estancia, residencia y trabajo.

b') Autorizaciones permanentes de residencia y trabajo: concepto y clases

La situación de residencia permanente —que la normativa de extranjería denomina de larga duración— habilita al extranjero que obtenga la correspondiente autorización para residir en España de modo indefinido y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. No existe en este caso margen alguno de discrecionalidad administrativa para conceder la autorización, ya que se trata de un derecho del extranjero a obtener esta autorización en los supuestos reglamentariamente establecidos para las dos clases de residencia de larga duración: de un lado, la residencia de larga duración en España (a la que se asimila a los titulares de la tarjeta azul-UE, expedida a profesionales extranjeros altamente cualificados) y, de otro, la residencia de larga duración-UE, que permite obtener la primera (art. 32 LOEX, modificado por la Disp. Adic. segunda LO 4/2013, de 28-6, y arts. 147, 148, 151 y 152, 1, a) RDEX, modificado a su vez este último por el art. único, uno del RD 844/2013, de 31 de octubre, en transposición de la Directiva 2011/51).

Los supuestos que permiten acceder a ambas clases de residencia encuentran su razón de ser en distintas circunstancias (arts. 32 LOEX y 147 a 153 RDEX"), entre ellas, de carácter temporal (residencia legal continuada durante cinco años, bien en el territorio español, bien en el de la UE como titulares de una tarjeta azul-UE siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud se haya residido en territorio español, con excepciones en ambos casos derivadas de ciertas ausencias por motivos extralaborales o laborales), de protección social (beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez), el vínculo de nacimiento (residentes que hayan nacido en España y hayan residido de forma legal y continuada en este país a partir de la mayoría de edad durante tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud), de protección internacional (cuando tengan la condición de apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria en territorio español y con reconocimiento en España de su respectivo estatuto) y de realización de destacadas aportaciones a España (contribución notoria a su progreso económico, científico o cultural o a su proyección exterior).

Los extranjeros titulares de una autorización permanente deben solicitar la renovación de la Tarjeta de Identidad Personal cada cinco años. Se trata de una obligación cuyo incumplimiento no tiene efectos extintivos de dicha autorización (arts. 150.1 y 3 RDEX) al tratarse de un documento declarativo de una situación administrativa ya reconocida. Sólo puede dar lugar a una infracción leve en materia de extranjería y a la imposición de la correspondiente sanción [arts. 52.*a*) y 55.1.*a*) LOEX].

c') Extinción de la autorización

La autorización de residencia y trabajo, tanto temporal como permanente, se extingue por distintas causas normativamente establecidas. Salvo algunos supuestos específicos (por ejemplo, residencia y trabajo

temporal para investigación), la normativa vigente distingue con carácter general a estos efectos entre autorizaciones temporales y permanentes y, dentro de las primeras, diferencia entre las que no requieren pronunciamiento administrativo y aquellas otras en las que se exige resolución expresa (arts. 162 a 166 RDEX, éste último modificado por el art. único, tres, del RD 844/2013).

a") Autorización temporal

La inexigencia de resolución administrativa para entender extinguidas las autorizaciones temporales, se debe a la automaticidad con la que operan las circunstancias determinantes de este efecto extintivo (por ejemplo, transcurso del plazo para el que se hayan expedido, salvo que se haya solicitado su renovación en plazo; renuncia expresa del titular; renovación extraordinaria de la autorización en los estados de excepción o sitio conforme a la Ley Orgánica 4/1981, cuya concesión extingue la autorización temporal; inclusión en algún supuesto de prohibición de entrada).

A diferencia del anterior supuesto, la resolución administrativa expresa habría de obedecer, de forma coherente, a la existencia de un ámbito de apreciación por parte del órgano competente que exige tutelar los derechos del titular de la autorización que pudieran ser conculcados. Algunas de las circunstancias que determinan esa resolución expresa responden, ciertamente, a ese fundamento: por ejemplo, la desaparición de las circunstancias que sirvieron de base para la concesión o la comprobación de una inexactitud grave en las alegaciones formuladas o en la documentación aportada para obtener la autorización. Pero en otras, el grado de apreciación prácticamente desaparece, por lo que la clasificación legal no resulta congruente. Por ejemplo, el cambio o la pérdida de la nacionalidad o la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año, a salvo de las excepciones que la norma reglamentaria determina.

b") Autorización permanente

Para la extinción de la autorización permanente no se concreta si es o no preciso que exista resolución administrativa expresa, a diferencia de lo que se hacía a este respecto en la anterior norma reglamentaria, el RD 2.393/2004 ya derogado, en su artículo 76. Pese a ello, hay que considerar que esa resolución ha de producirse porque en este caso se trata de una situación administrativa consolidada, cuya supresión constituye una expresión máxima de la limitación de derechos subjetivos (al margen de que la misma esté o no justificada), que, en cuanto se instrumenta mediante un acto administrativo, exige motivación con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho [art. 54.1.*a*) LRJPAC]. Los supuestos que la norma reglamentaria establece para activar dicha extinción se refieren a circunstancias de ilicitud administrativa (obtención fraudulenta de la autorización, existencia de orden de expulsión) de incumplimiento de requisitos temporales (ausencia del territorio de la UE durante doce meses consecutivos, salvo determinadas excepciones), de cambio de situación administrativa (haber adquirido la residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro) o de cese, finalización, denegación de la renovación o revocación de la protección internacional por el Estado miembro que reconoció tal protección a la persona autorizada con residencia de larga duración.

b) Gestión colectiva de contrataciones en origen

El límite cuantitativo que puede alcanzar el mercado nacional de trabajo mueve al legislador a establecer, con carácter anual, un contingente de trabajadores extranjeros mediante el cual se fija el volumen de puestos de trabajo que pueden ocupar dichos trabajadores cuando no se hallen o residan en España, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo (art. 39.1 LOEX). Se trata de una «contratación programada» y de «tramitación colectiva» a fin de «desempeñar empleos estables», siendo seleccionados los trabajadores en sus países de origen sobre la base de las ofertas genéricas de empleo presentadas por los empresarios (arts. 39.2 LEX y 167.2 RDEX). Dicha estabilidad no debe identificarse en todo caso con el carácter

indefinido de la contratación, porque ésta puede formalizarse para desarrollar tanto actividades de carácter indefinido como temporal, e incluso dirigirse en exclusiva a ofertas de empleo de índole temporal (art. 1.2 Orden MEYSS 1/2012, de 5 de enero, por el que se regula la gestión de contrataciones colectivas en origen para 2012, prorrogada para 2013 mediante Orden MEYSS 2.825/2012, de 27 de diciembre).

La especialidad de esta vía de acceso al empleo y subsiguiente control de los trabajadores extranjeros, supone obtener autorización inicial de residencia y trabajo para cada uno de los trabajadores objeto de contratación mediante la tramitación colectiva y de los contratos en origen, esto es, en virtud de «la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países» (art. 39.2 LOEX). Como elemento de seguridad para los trabajadores contratados, debe garantizarse por el empleador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización, las mismas condiciones contendidas en la oferta de empleo, la puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado y la organización de los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen (art. 3.1 y 2 Orden MEYSS 1/2012). Una vez finalizada la prestación laboral, el trabajador ha de regresar de forma inmediata a su país de origen, presentándose en un plazo de un mes desde la entrada en el mismo en la Oficina consular española a fin de acreditar dicho regreso (art. 19 Orden MEYSS 1/2012).

El carácter provisional de la programación del contingente supone la posible revisión a lo largo del año de la cifra y de la distribución de las ofertas de empleo inicialmente estimadas, a fin de acomodarlas a la evolución del mercado de trabajo (art. 169.4 RDEX). El contingente puede incluir, asimismo, un número de visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de esta clase de visados que se limiten a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto (art. 169.2 RDEX), si bien en los últimos años no se ha hecho uso de esta posibilidad dada la incidencia de la recensión económica en el mercado nacional de trabajo.

En el procedimiento de elaboración del contingente intervienen distintos sujetos implicados en su programación y resolución (art. 168 RDEX). El contingente se aprueba mediante acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración que, a su vez, ha de tener en cuenta, las propuestas realizadas al efecto por las CCAA. Dichas propuestas han de ir precedidas de las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial relativas al volumen de empleo a cubrir por este mecanismo; de las consideraciones que, en su caso, hayan dirigido a la Administración Laboral las organizaciones sindicales de dicho ámbito y del informe sobre la situación nacional de empleo emitido por el SPEE. Asimismo, con carácter previo se ha de evacuar consulta a la Comisión Laboral Tripartida de Inmigración (integrada por representantes de la Administración Laboral y de la Seguridad Social y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas) y solicitar el preceptivo informe del Consejo Superior de Política de Inmigración [art. 4.*d*) RD 344/2001, de 4 de abril] en cuanto órgano colegiado de coordinación y cooperación entre la Administración General del Estado, las CCAA y las Entidades Locales, adscrito al Ministerio del Interior, que se ocupa de establecer las bases y criterios de una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes (art. 3 RD 344/2001). Una vez elaborada la propuesta por la Secretaría de Estado, la Comisión Interministerial de Extranjería ha de informar sobre la procedencia de aprobar la correspondiente Resolución.

c) Procesos de regularización

Este mecanismo de control de la inmigración actúa una vez que los medios ordinarios se han mostrado insuficientes para encauzar el flujo de extranjeros que, por distintos conductos, consiguen acceder al territorio español y que los procedimientos de expulsión resultan ineficaces a estos efectos a partir de un determinado volumen de inmigración. Pese al probable efecto-llamada que generan los procesos de regularización de extranjeros, los Estados miembros de la UE vienen utilizándolos para los que se encuentran en situación de irregularidad, ya sea inicial, ya sea sobrevenida. Nuestro ordenamiento ha conocido hasta la fecha cinco procesos de este tipo desde 1985, lo que evidencia la enorme dificultad de poner coto a la

inmigración económica habida cuenta de que su motivación reposa sobre la imperiosa satisfacción de necesidades materiales básicas.

En el último proceso de «normalización», los empleadores que pretendían contratar a un extranjero podían solicitar que se le otorgara autorización inicial de residencia y trabajo, siempre que se cumplieran ciertas condiciones (Disp. Trans. 3.ª del hoy derogado RD 2.393/2004). Entre otras, el empadronamiento del trabador con seis meses de antelación a la entrada en vigor de dicho reglamento (el 30-1-2005: Disp. Final 4.ª); la suscripción de un contrato de trabajo con efectos condicionados a la vigencia de la autorización; la duración mínima del contrato de trabajo de seis meses, salvo en el sector agrario, que se cifraba en un mínimo de tres meses; la carencia de antecedentes penales en España y en los anteriores países de residencia; la posesión de titulación homologada o de la capacitación profesional exigida; o la exigencia al empleador de que estuviera al corriente en sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

En todo caso, el carácter recurrente de los procesos de regularización muestra su condición de válvulas de escape ante situaciones descontroladas cuya compleja solución no depende en exclusiva ni de un solo Estado, ni de los controles de las fronteras, sino de abordar decidida y conjuntamente, mediante la acción institucional y normativa internacional, las causas de la inmigración económica, impulsando en los países de origen la instauración de regímenes democráticos, la inversión productiva y una distribución justa de la riqueza en aras de alcanzar una ciudadanía social interestatal y una libertad de circulación de trabajadores más allá del ámbito de la UE.

BIBLIOGRAFÍA

I. Intermediación laboral

Alarcón Castellanos, M. M.: *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempo de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, Pamplona, 2009.

Calvo Gallego, F. J., y Rodríguez-Piñero Royo, M. (dirs.): *Colocación y servicios de empleo*, Madrid, 2011.

Casas Baamonde, M. E., y Palomeque López, M. C.: «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», *RL*, n.os 5-6/1994.

Cruz Villalón, J.: «El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores», *TL*, n.º 32/1994.

Lázaro Sánchez, J. L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, Sevilla, 2003.

Martín Valverde, A.: «La supresión del monopolio público de la colocación», en AAVV: *Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al Prof. Manual Alonso García*, Madrid, 1995.

Mercader Uguina, J.: «La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas», *RTSS*, n.º 14/1994.

OIT: *El servicio público de empleo en un mercado de trabajo cambiante*, Ginebra, 2001.

Ojeda Avilés, A.: «El procedimiento de colocación, revisitado», *REDT*, n.º 14/1983.

Ramírez Martínez, J. M.: «El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada», en Alarcón Caracuel, M. R.: *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994.

Salas Porras, M.: *El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, 2010.

Serrano Falcón, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, Granada, 2009.

Valdés Dal-Ré, F.: «Servicios públicos de empleo y contratación laboral», en AAVV: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid, 1983.

II. Cesión de trabajadores

Chagartegui Jávega, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Valencia, 2000.

Escudero Rodríguez, R. (dir.): *Empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2001.

Fernández López, M. F., y Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (dirs.): *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal*, Sevilla, 2004.
García Murcia, J.: «Las nuevas formas sobre la colocación y cesión de trabajadores. Una aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes», *TL*, n.º 31/1994.
Pérez Pérez, M.: *Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales*, Sevilla, 2001.
Rodríguez-Piñero Royo, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992.
—: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994.
Rodríguez Ramos, M. J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995.
Valdés de la Vega, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Granada, 2001.

III. Empleo de extranjeros

Alonso-Olea García, B.: *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales el Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2011.
Ceinós Suárez, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, 2006.
Escudero Rodríguez, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, Madrid, 2010.
González Ortega, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en González Ortega, S. (dir.): *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, 2010.
Izquierdo Escribano, A. (dir.): *Inmigración: mercado de trabajo y protección social*, Madrid, 2003.
Luján Alcaraz, J.: «El trabajo de los extranjeros en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *AS*, n.º 21/2000.
Martínez Abascal, V. A.: «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008.
—: *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Granada, 2005.
Montoya Melgar, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Madrid, 2007.
Ramos Quintana, M.: *El empleo de los extranjeros en España*, Madrid, 1989.
Rodríguez-Piñero, M.: «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en AAVV: *Derechos y libertades de los extranjeros en España (Tomo I), XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabría, 2003.
Rojo Torrecilla, E.: «Luces y sombras de la política de inmigración», *RDS*, n.º 9/2000.

CAPÍTULO 8:
FOMENTO DEL EMPLEO

En el marco del principio de fomento de empleo (arts. 40.1 CE y 1 LEM), la norma laboral pretende estimular el pleno empleo de la población activa mediante determinados programas y medidas (Capítulo 4, I, 2). Estas actuaciones tienen como norte de forma exclusiva incentivar la creación o el mantenimiento del empleo principalmente por parte de la iniciativa privada desde el punto de vista de su volumen, quedando fuera de su esfera de incidencia directa los aspectos cualitativos del empleo, sin perjuicio de los efectos reflejos o indirectos que aquéllas puedan tener en algunos de estos aspectos. La finalidad de fomento cuantitativo del empleo puede llevarse a cabo utilizando distintas medidas normativas, que, en atención a su mayor o menor permanencia, pueden tener un carácter coyuntural o estructural.

Tres grupos de medidas se ocupan del fomento cuantitativo del empleo, con la finalidad bien de reducir los costes laborales en la contratación, bien de garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo (acciones positivas), bien de conseguir un adecuado reparto del trabajo entre la población activa. Todas ellas se sirven de determinadas técnicas a fin de lograr sus respectivas y específicas finalidades.

Desde una óptica general y aunque presentan distinto impacto, la contribución de estas medidas y técnicas a la creación y mantenimiento del empleo suele ser modesta. En los períodos alcistas del ciclo económico pueden lograr una reducción de la tasa de paro, pero su mejor marca en este terreno con anterioridad al inicio de la actual crisis económica no consigue reducirla de forma suficiente (el 14,4 por 100 en 2007) y supera con claridad la media europea (el 7,2 por 100 ese mismo año), sin que, por otra parte, alcance a disminuir de manera significativa componentes decisivos del desempleo como son, por vía de ejemplo, la menor tasa de ocupación de las mujeres, la descomunal tasa de paro de los jóvenes y la muy alta tasa de temporalidad que duplica la media europea mostrando una férrea resistencia a disminuir. En las fases depresivas del ciclo —como sucede de forma muy acusada con la que se inicia en 2008—, su papel en el incremento del empleo y en la reducción de la temporalidad es minúsculo, con alguna leve oscilación estacional. A este respecto, baste con señalar que, según los datos de EUROSTAT, la tasa de paro registrado en España a 31 de mayo de 2015 asciende al 22,5 por ciento de la población activa frente al 9,6 por ciento de la UE-28 y al 11,1 por ciento de la zona euro-19. Aunque la tasa de paro española se ha reducido en 1,1 por ciento respecto de diciembre de 2014, sigue siendo extremadamente elevada y no se compadece con el crecimiento medio de la economía española en un 2 por ciento en 2014 (INE), lo que evidencia una vez más la enorme distancia que existe entre este crecimiento y su distribución equitativa en términos de creación de empleo. Las insuficiencias de un modelo productivo que, en el ámbito laboral, descansa en la reducción de los costes del trabajo, en la aplicación de un sistema educativo poco exigente con el esfuerzo y el estudio, así como en la desviación de innumerables recursos económicos a la inversión especulativa, son factores que contribuyen sobremanera a explicar la escasa eficacia de las medidas y técnicas normati-

vas de fomento del empleo, algunas de las cuales podrían cumplir, sin embargo y al abrigo de un modelo social inserto en una estructura solidaria, democrática y equitativa de la economía, una eficaz función de estímulo en esta materia.

I. REDUCCIÓN DE COSTES LABORALES

Actuando sobre la oferta de empleo, la reducción de los costes laborales es una medida de fomento del empleo utilizada con notable frecuencia en las políticas de empleo postconstitucionales, pero que muestra una marcada fluctuación en su orientación y contenidos. Esta medida puede incidir tanto en los costes directos como en los costes indirectos.

1. Costes directos

La reducción de los costes laborales directos pretende incentivar la contratación laboral asalariada o la creación de trabajo autónomo, incidiendo así en materia retributiva y de cotización a la Seguridad Social. En punto a la contratación laboral asalariada se trata de evitar dos actuaciones de los empresarios socialmente rechazables. De un lado, que se sitúen al margen de la normativa laboral, de Seguridad Social y fiscal, eludiendo las obligaciones derivadas de su aplicación y ubicándose así en la economía sumergida. De otro, que externalicen el proceso productivo mediante la deslocalización de empresas y su traslado a países generalmente subdesarrollados en los que los costes de la fuerza de trabajo y de la tributación están por debajo de los parámetros existentes en las sociedades democráticas. En el caso del trabajo autónomo se pretende estimular el autoempleo, buscando al tiempo aliviar el alto índice de desempleo en el sector del trabajo asalariado.

La aminoración de estos costes laborales se encauza a través de distintas técnicas normativas de carácter económico, que, pese a su persistencia, no han conseguido su objetivo de reducir de modo sustancial el nivel de desempleo. En el ámbito del trabajo asalariado —que concentra la mayor parte de las medidas utilizadas— en algunos momentos han logrado aminorarlo pero a costa de aumentar la tasa de temporalidad, intercambiando así ahorro significativo de costes laborales directos por trabajo en gran medida temporal, al que suele acompañar un alto índice de rotación y una baja cualificación. A la ineficacia de estas técnicas se suma el hecho de que el ahorro de los referidos costes es sufragado por el erario público y, en definitiva, por el resto de la ciudadanía.

Tres clases de técnicas normativas vienen utilizándose con la finalidad, explícita o implícita, de fomentar el empleo: las bonificaciones y reducciones de cuotas a la Seguridad Social en la contratación laboral, la reducción de la cuantía indemnizatoria en determinados supuestos de extinción del contrato de trabajo y la reducción del coste del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de perceptores de prestación o subsidio por desempleo.

A) Bonificaciones y reducciones de cuotas a la Seguridad Social

Las bonificaciones y subvenciones en materia de contratación laboral han venido constituyendo la pieza central de las políticas de empleo activas de corte económico, si bien en los programas estatales de fomento del empleo son las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social las que han ido ganando terreno a partir de 1997 hasta convertirse en la técnica preferente a estos efectos. La regulación básica en esta materia, contenida en la LMCE, ha experimentado modificaciones iniciales de cierto calado mediante la LEMURMET y la LEMURMEL. En estas dos últimas normas se mantiene el criterio inaugurado por la LMCE —tras un largo período de estímulo de la contratación temporal— de incentivar de modo prioritario la contratación laboral indefinida, ya sea inicial, ya sea posterior por transformación de contratos de trabajo temporales en indefinidos.

Los beneficiarios de estas ayudas pueden ser las empresas, trabajadores autónomos, así como sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores, ya sea como socios trabajadores o como socios de trabajo, siempre que estas sociedades hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. Todos estos sujetos tendrán asimismo la condición de beneficiarios en el supuesto de transformación de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación en contratos o vínculos societarios indefinidos en los supuestos contemplados en la normativa vigente.

Con posterioridad y con la pretensión, no alcanzada todavía, de contener sustancialmente la desbocada tasa de desempleo, un generoso catálogo de disposiciones (entre las principales el RDL-ECREM y la LECREM, el RDL-CESMEN, el RDL-MUFOCI, el RDL-MUCRECE y la PLGE-2014) ha complementado y modificado la regulación contenida en dichas normas en materia de reducción de costes laborales directos, amén de modificar, a su vez, otras de índole laboral.

Los incentivos económicos regulados en estas disposiciones ulteriores siguen centrándose en bonificaciones y reducciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social (a las que aquí se dedica atención prioritaria), así como, en menor medida, en incentivos fiscales, dirigiéndose a ciertos colectivos con especial y tradicional dificultad de inserción en el mercado de trabajo. Pero, a diferencia de aquellas dos normas reformadoras precedentes (LEMURMET y la LEMURMEL), en la posterior secuencia legislativa las ayudas a la contratación laboral vuelven a abrirse también con amplitud a la de índole temporal, cuyo estímulo originó en la década de los ochenta, como se recordará, el elevadísimo índice de temporalidad que soporta desde entonces aquella contratación.

La existencia de distintos períodos temporales y, en parte, de beneficiarios, requisitos e incentivos a la contratación laboral derivada del mencionado conjunto de normas, obliga a distinguir entre diversos regímenes y medidas en materia de reducción de costes laborales directos, sin perjuicio de señalar la incidencia modificatoria que algunas de dichas normas tienen sobre otras previas reguladoras de esta materia, dentro o fuera de este grupo normativo.

a) Régimen de bonificaciones de la LEMURMET

Las nuevas bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para incentivar la contratación laboral indefinida o la transformación de contratos temporales en indefinidos se aplican a las que se realicen a partir del 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del RDL-MURMET (Disp. Trans. 6.ª LEMURMET), hasta el 31 de diciembre de 2011.

Uno de los objetivos fundamentales del nuevo régimen jurídico de aquellas bonificaciones estriba en aumentar las oportunidades de trabajo de las personas desempleadas, particularmente de los jóvenes, «reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente» (Exposición de Motivos II LEMURMET). En esa reordenación (arts. 10 y 11 y Disp. Derog. única LEMURMET) se aprecian ciertas características que pueden sintetizarse del siguiente modo:

a’) Reestructuración de colectivos

En el ámbito de los colectivos cuya contratación se bonifica, la norma reformadora considera que la generalización de las bonificaciones que se venían estableciendo «ha limitado gravemente su eficiencia» (Exposición de Motivos II LEMURMET). Ello ha conducido a una reestructuración de dichos colectivos de trabajadores, manteniendo algunos anteriores a la reforma, bien en sus propios términos, bien con alguna modificación, y suprimiendo al tiempo la bonificación de algunos otros.

1.º *Colectivos bonificados sin modificación*. Permanece la regulación actual de las bonificaciones o transformaciones contractuales que afectan a la contratación de ciertos colectivos de trabajadores, al considerarse que no han variado las circunstancias que dificultan su inserción laboral: entre otros, personas con discapacidad, constitución inicial de trabajadores autónomos, personas en situación de exclusión social

desempleadas y contratadas por empresas de inserción, víctimas de violencia de género y las dirigidas a mantener la actividad de los trabajadores de más de cincuenta y nueve años.

2.º *Colectivos bonificados con modificación*. Las modificaciones de los colectivos cuya contratación se bonifica se centran en aquellos en los que se ha constatado mayores problemas de acceso al empleo, fijándose el 31 de diciembre de 2011 como fecha máxima para llevar a cabo las correspondientes contrataciones o transformaciones contractuales.

La contratación laboral indefinida de trabajadores desempleados, inscritos en la oficina de empleo, afecta a dos colectivos. De un lado, a los jóvenes de dieciséis a treinta años, ambos inclusive, con especiales problemas de empleabilidad, considerando la norma que esta situación se produce cuando éstos hayan estado inscritos un mínimo de doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación y no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional. De otro lado, a los mayores de cuarenta y cinco años, con exigencia de iguales períodos de inscripción en la oficina de empleo.

La transformación de contratos temporales en indefinidos concierne a los contratos formativos (en prácticas y para la formación), de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

3.º *Colectivos que dejan de bonificarse*. La señalada ineficiencia en la contratación de ciertos colectivos acarrea la supresión de las correspondientes bonificaciones, lo que incide, naturalmente, en la reducción del gasto público. En este supuesto se encuentran ciertos colectivos: los parados de larga duración (a estos efectos lo son quienes estén inscritos como desempleados más de seis meses), los trabajadores desempleados con responsabilidades familiares (aquellos que tienen a su cargo uno o más hijos) y los desempleados perceptores de las prestaciones o subsidios por desempleo.

b') Mantenimiento de las cuantías

El régimen jurídico de las nuevas bonificaciones ha afectado muy levemente a las cuantías de éstas. La bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social se mantiene en la misma cuantía establecida en la LMCE en los siguientes supuestos:

- Contratación indefinida de los jóvenes de dieciséis a treinta años, 66,67 euros/mes u 800 euros/año.
- Contratación indefinida de los mayores de cuarenta y cinco años, 100 euros/mes o 1.200 euros/año.
- Transformación en indefinidos de los contratos formativos (en prácticas y para la formación), de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, 41,67 euros/mes o 500 euros/año.

La única diferencia en relación con los anteriores supuestos afecta a las mujeres, dada la superior tasa de paro que éstas registran. A diferencia de la escala de situaciones recogida en la LMCE (parto, adopción, acogimiento, período previo de inactividad laboral), ahora, cualquiera que sea su situación, la cuantía de la bonificación se incrementa en 200 euros anuales para cada contratación o transformación que se realice con una mujer desempleada, aunque la norma no precise esta condición.

- Contratos de trabajo para la formación, bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional. También se bonifica el 100 por 100 de las cuotas de los trabajadores.

La inamovilidad general de las cuantías de las bonificaciones desde 2006 se explica por la contención y reducción del gasto público derivados de la crisis económica desatada a mediados de 2007, lo que provocó que la economía española entrara técnicamente en recesión en el cuarto trimestre de 2008.

c') Reducción del período de disfrute de la bonificación

A la misma finalidad de aminorar el gasto público apunta la técnica reductora del período de disfrute de las bonificaciones que establece la nueva regulación.

Para los contratos no formativos, con anterioridad la regla general de duración se situaba en cuatro años, salvo para los mayores de cuarenta y cinco años, extendida a toda la vigencia del contrato. Ahora todos los supuestos se sitúan en una duración de tres años. La única excepción deriva de las bonificaciones de los contratos formativos, cuya duración no experimenta variación alguna alcanzando a toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas.

d') Incremento y mantenimiento del empleo fijo

Destacada novedad en la nueva regulación de la LEMURMET es una mayor exigencia en relación con el control del volumen de empleo que han de alcanzar y sostener los beneficiarios de las bonificaciones, estableciéndose a este respecto dos obligaciones.

Una primera exige como requisito imprescindible para aplicar las bonificaciones que las nuevas contrataciones o transformaciones, con la excepción del contrato de relevo dada su finalidad sustitutoria del trabajador jubilado anticipadamente, supongan incremento del nivel de empleo fijo de la empresa.

Para verificar dicho incremento, en primer lugar se ha de tomar en cuenta el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación. Este promedio es el resultado de dividir entre noventa la suma de los contratos indefinidos que estén en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la contratación o transformación, excluyendo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o durante el período de prueba.

En segundo término, se ha de cotejar ese cociente con el número de contratos indefinidos existentes en la fecha de la contratación o de la transformación bonificadas, sumando a ese número esta misma contratación o transformación, que sólo podrá realizarse si dicho número supera aquel cociente.

La segunda obligación, en la que no están incluidos los contratos formativos, supone el mantenimiento del volumen de empleo fijo alcanzado con la contratación o transformación, durante el período de duración de la bonificación.

e') Evaluación de las bonificaciones

La estrecha dependencia de la coyuntura económica y del mercado de trabajo de las bonificaciones a la contratación indefinida y a la transformación de contratos temporales en indefinidos, aconseja al legislador someterlas a dos tipos de evaluación, genérica una y específica otra.

a") Evaluación genérica

Con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, el Gobierno central ha de evaluar el funcionamiento del conjunto de medidas adoptadas en la nueva regulación de la LEMURMET para favorecer el empleo de las personas desempleadas (lo que afecta también a las bonificaciones), incluyendo un informe de evolución de impacto de género en dichas medidas. Sobre la base de esta evaluación y de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, dicho órgano, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, decidirá la prórroga o modificación de dichas medidas (Disp. Adic. 12.ª LEMURMET). No se contempla su supresión total o parcial, por estimarse implícitamente su necesidad estructural.

b") Evaluación específica

Con el objetivo de conocer la efectividad de las bonificaciones aplicadas y de ajustar las políticas activas a la realidad del mercado laboral, se mandata al Gobierno central para que presente ante el Congreso de los Diputados un Informe Anual de Evaluación de dichas ayudas económicas (Disp. Adic. 9.ª LEMURMET). Aunque la norma no distingue, este mandato parece afectar de forma específica a todas las bonificaciones que se hayan disfrutado después de la entrada en vigor del RDL-MURMET, el 18 de junio de 2010, ya que, como se desprende de la Exposición de Motivos de la LEMURMET, en la elaboración de dicha norma se han tenido en cuenta los resultados existentes con anterioridad en relación con las bonificaciones a la contratación laboral.

No se concreta, sin embargo, la fecha en la que se ha de rendir el mencionado informe. En todo caso, y teniendo en cuenta que el informe ha de tener carácter anual, parece coherente que esa fecha haya de ser posterior al 31 de diciembre de 2011, momento en que concluye la vigencia inicial de las nuevas bonificaciones.

f') Bonificaciones anteriores al RDL-MURMET

En términos generales, las bonificaciones disfrutadas por contratos celebrados antes del 18 de junio de 2010 se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación. Se exceptúan de esta regla los contratos para la formación concertados antes del 20 de septiembre de 2010 (fecha de entrada en vigor de la LEMURMET) que sean prorrogados entre esta última fecha y el 31 de diciembre de 2011, durante la vigencia de dichas prórrogas (Disp. Trans. 6.ª LEMURMET).

De forma específica, las empresas que concierten contratos para la formación con trabajadores discapacitados y en tanto estén vigentes los contratos concertados o las prórrogas suscritas con ese objeto hasta el 31 de diciembre de 2011, podrán acogerse a las nuevas bonificaciones establecidas o bien optar por la reducción del 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para dichos contratos conforme a la Disposición Adicional 2.ª ET (Disp. Trans. 9.ª LEMURMET). Esta última opción se ofrece porque en ella, a diferencia de la nueva regulación, la reducción de cuotas no se supedita a que los citados contratos impliquen incremento de la plantilla.

b) Régimen de bonificaciones del programa excepcional de empleo del RDL-EMRE

Con marcado carácter coyuntural y de terapia de urgencia, a la LEMURMET le sigue un «Programa excepcional de empleo para la transición hacia la contratación estable», enmarcado en un «plan de choque con efectividad a corto plazo, dirigido especialmente a la reducción del desempleo de jóvenes y personas en paro de larga duración (Exposición de Motivos II RDL-EMRE).

Las principales características de este programa son las siguientes (art. 1 RDL-EMRE):

a') Duración indistinta del contrato y modalidad contractual genérica utilizable. La contratación puede ser de duración indefinida o temporal, en todo caso bajo modalidad del CTTP y dentro del período de los doce meses siguientes al 13 de febrero de 2011 (fecha de entrada en vigor del RDL-EMRE).

b') Ámbito reducido de los colectivos afectados. Personas desempleadas e inscritas de forma ininterrumpida en la oficina de empleo al menos desde el 1 de enero de 2011, que se hallen en una de estas dos situaciones:

- Tener una edad igual o inferior a treinta años.
- Tener la condición de parados de larga duración, que exige en este caso llevar inscritos en la oficina de empleo doce meses de los dieciocho meses anteriores a la contratación.

c') Disminución necesaria del tiempo de trabajo. La reducción de la jornada de trabajo ha de situarse entre el 50 por 100 y el 75 por 100 en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, de acuerdo con lo establecido a estos efectos de comparación en el artículo 12 ET. De este modo, se aminoran también los costes salariales.

d') Tratamiento diferenciado en materia de bonificaciones. Durante los doce meses siguientes a la contratación, las empresas tienen derecho a una reducción del 100 por 100 en todas las cuotas empresariales a la Seguridad Social cuando el contrato se concierte con empresas pequeñas o medianas (plantilla inferior a doscientas cincuenta personas), o del 75 por 100 cuando iguale o supere esa cifra.

e') Duración mínima de la contratación temporal a efectos de bonificación. Los CTTP que se concierten con una duración determinada sólo podrán acceder a las indicadas reducciones de cuotas cuando se celebren con una duración inicial igual o superior a seis meses, cualquiera que sea la modalidad de contrato temporal y con las únicas excepciones de los contratos de interinidad y de relevo.

f') Opción en las bonificaciones. En el supuesto de contratos que se celebren con las personas desempleadas incluidas en este programa excepcional y que, al tiempo sean personas con discapacidad, o tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o de violencia doméstica o se encuentren en situación de exclusión social, las empresas pueden optar por aplicar bien la reducción de cuotas establecidas en dicho programa o bien las bonificaciones reguladas en el capítulo I del LMCE.

g') Continuidad de las bonificaciones. Se prevén, a este propósito, dos supuestos para los contratos que se hayan celebrado al amparo del referido programa excepcional RDL-EMRE, a fin de poder empalmar las bonificaciones concedidas a su amparo con las establecidas en la LEMURMET o a la LMCE.

Un primer supuesto se refiere a la celebración de contratos indefinidos cuando haya transcurrido el período máximo de un año fijado en dicho programa para aplicar la reducción de cuotas, en cuyo caso las empresas podrán acogerse a las bonificaciones que puedan corresponderles conforme a la LEMURMET o a la LMCE por el tiempo que pueda restar de las mismas. El segundo supuesto alude a la concertación de contratos temporales cuando, antes de que transcurra un año desde su celebración, se transformen en indefinidos, con la misma jornada u otra superior. En este caso las empresas tendrán derecho a las bonificaciones de cuotas establecidas en el artículo 10 LEMURMET, siempre que en el momento de la contratación inicial conforme al citado programa las personas contratadas reuniesen los requisitos exigidos en este precepto.

h') Evitación de prácticas fraudulentas. A fin de evitar la sustitución de empleo fijo por temporal o de empleo fijo no bonificado por el fijo que este programa excepcional bonifica, las contrataciones que se realicen han de suponer en todo caso un incremento neto de la plantilla de la empresa, facilitándose por el RDL-EMRE la forma en que debe calcularse tal incremento, que es muy similar a la ya expuesta para el régimen de bonificaciones posteriores al RDL-MURMET [*supra* 1.1, A), *a*)].

c) Régimen de bonificaciones de la LEMURMEL

Sin establecer expresamente un programa de empleo, la LEMURMEL contempla de forma dispersa ciertas bonificaciones cuya finalidad común se dirige al fomento del empleo indefinido, bien para crearlo, bien para mantenerlo, así como, en la mayor parte de los supuestos, al fomento del trabajo de la mujer. El régimen de estas ayudas públicas se articula en torno a cuatro manifestaciones: el CTIAE, el contrato para la formación y el aprendizaje, la transformación de ciertos contratos temporales en indefinidos, así como la suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada.

a') Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

La finalidad de promover el empleo estable al tiempo que se potencia la iniciativa empresarial en las empresas que ocupen menos de cincuenta trabajadores, procura alcanzarse en el CTIAE, junto al establecimiento de un amplio período de prueba [Capítulo 5, III, 2, B)], mediante determinados incentivos

fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial de la Seguridad Social, que se acompañan con reglas sobre la duración del contrato y sobre la evitación del fraude (art. 4 LEMURMEL conforme a lo dispuesto en el art. 2 RDL-CESMEN).

1.º *Incentivos fiscales.* Dos supuestos de formalización del contrato dan derecho a tales incentivos:

- Cuando el primer contrato de esta modalidad se concierte con un menor de treinta años, la deducción fiscal será de tres mil euros.
- Cuando se contrate a beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, la deducción fiscal será de un importe equivalente al 50 por 100 de dicha prestación pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades. En este caso, se han de cumplir ciertos requisitos: que el trabajador haya percibido la prestación durante un mínimo de tres meses en el momento de la contratación, que el importe de la deducción quede fijado en la fecha de inicio de la relación laboral sin que pueda modificarse con posterioridad y que el empresario requiera al trabajador un certificado del SPE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de dicha relación.

El trabajador contratado a jornada completa que haya percibido en la fecha de formalización del contrato prestaciones contributivas por desempleo durante un mínimo de tres meses, puede compatibilizar mensualmente el salario y el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tenga reconocida y pendiente de percibir en el momento de la contratación. Si no opta por la compatibilización, mantendrá el derecho a las prestaciones por desempleo que le resten por percibir en el momento de la contratación. Cuando el contrato se celebre a tiempo parcial, se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional del tiempo trabajado (art. 221.1 LGSS). Durante la percepción de dicho porcentaje, la entidad gestora y el beneficiario estarán exentos de cotizar a la Seguridad Social.

2.º *Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.* La contratación con esta modalidad de desempleados inscritos en la oficina de empleo, genera el derecho a la bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social cuando se trate de ciertos colectivos:

- Jóvenes entre dieciséis y treinta años, ambos inclusive, durante tres años. Las cuantías de la bonificación por cada contrato comprenden una escala creciente: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Si el contrato se concierta con mujeres en sectores en los que éstas cuenten con menor representación, las citadas cuantías se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- Mayores de cuarenta y cinco años, que hayan estado inscritos en la oficina de empleo un mínimo de doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación. La cuantía de la bonificación se aumenta por cada contrato a 108,33 euros/mes (1.300 euros/año), y a 125 euros/mes (1.500 euros/año), cuando el contrato se formalice con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado. La bonificación se reconoce también por un período de tres años.

Si el contrato se celebra a tiempo parcial, las bonificaciones de reconocerán de modo proporcional a la jornada que se que haya pactado en el contrato.

Estas bonificaciones son compatibles con otras ayudas públicas que tengan la misma finalidad, con el límite de que la suma de todas las bonificaciones aplicables no supere el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

3.º *Duración mínima de contrato.*. La aplicación de los mencionados incentivos exige que el empresario mantenga el empleo del trabajador contratado bajo esta modalidad un mínimo de tres años desde el inicio de la relación laboral, así como que mantenga el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el CTIAE durante el mínimo de un año desde su celebración, debiendo reintegrar las ayudas percibidas si

incumple estas obligaciones. Las mismas no se consideran incumplidas si el contrato se extingue por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni tampoco cuando dicha extinción se produce por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

4.º *Evitación de prácticas fraudulentas.* Con la finalidad de evitar que se sustituya empleo indefinido por temporal o empleo indefinido no bonificado por el indefinido que mediante este contrato se bonifica, se acude aquí a una regla prohibitiva que impide concertar el contrato al empresario que en los seis meses anteriores a su celebración haya efectuado decisiones extintivas improcedentes. La prohibición afecta tan sólo a las extinciones posteriores a la vigencia de la LEMURMEL (el 8-7-2012), referidas a la cobertura de los puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y al mismo centro o centros de trabajo.

b') Contrato para la formación y el aprendizaje

La aminoración de los costes laborales directos para este contrato se encauza a través de una triple vía:

1ª) Bonificación en la reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social en dos supuestos (art. 3 LEMURMEL):

- En los contratos de esta modalidad que se formalicen a partir del 12 de febrero de 2012 con trabajadores inscritos en la oficina de empleo, las empresas tienen derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes y profesionales, desempleo, fondo de garantía profesional y formación profesional, del 100 por 100 si la plantilla de la empresa contratante es inferior a doscientas cincuenta personas o de 75 por 100 cuando la plantilla iguale o supere esa cifra. En ambos casos, también se reducirá el 100 por 100 de las cuotas de los trabajadores durante toda la vigencia del contrato, incluyendo su prórroga.
- La transformación de los contratos de esta modalidad, cualquiera que sea la fecha de su celebración, en contratos indefinidos, genera el derecho a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años, que se incrementan a 1.800 euros/año en el caso de que los contratos objeto de transformación se hubieran concertado con mujeres.

Estas reducciones de cuotas se financian con cargo a la correspondiente partida presupuestaria de la Tesorería General de la Seguridad Social (Disp. Adic. 1.ª1 LEMURMEL).

2ª) Bonificación en la reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social a fin de financiar el coste de la formación inherente al contrato, de acuerdo con los requisitos fijados al respecto y en las cuantías máximas también establecidas (arts. 8 y 10 OCFA). A este respecto, se prevé regular un incremento de dichas cuantías máximas cuando se contrate a un beneficiario del SINGAJ, así como introducir una bonificación adicional para financiar los costes derivados de la obligadada tutorización del trabajador en esta modalidad contractual (art. 109 RDL-MUCRECE).

3ª) Subvención por el SEPE a las CCAA o al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para financiar los costes adicionales que los centros públicos del sistema educativo puedan generar por la impartición de la actividad formativa en esta modalidad contractual, conforme a los requisitos e importe máximo a determinar en los convenios que deben suscribirse a estos efectos entre las Administraciones Públicas afectadas (art. 11 OCFA).

c') Transformación de contratos temporales en indefinidos

Siguiendo la estela de normas anteriores, la reforma laboral de 2012 procura favorecer también la conversión de trabajo temporal en indefinido (art. 7 LEMURMEL, modificado por el artículo 3, dos RDL-

CESMEN). Con esa finalidad, incentiva a las empresas que transformen en indefinidos contratos de trabajo en prácticas, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, reconociéndoles el derecho a una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, que en el caso de las mujeres se incrementa a 58,33 euros/mes (700 euros/año).

En la línea de favorecer la contratación indefinida en ámbitos con un menor volumen de plantilla u ocupación, pueden ser beneficiarios de estas bonificaciones las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación (esto es, desde la fecha de inicio de la relación laboral), los trabajadores autónomos, así como las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen personas como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. En el supuesto de trabajadores contratados en prácticas por una ETT y puestos a disposición de empresas usuarias, éstas tienen derecho, en iguales términos, a idénticas bonificaciones cuando concierten, sin solución de continuidad, con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Con la finalidad de incrementar su cualificación profesional, los trabajadores contratados mediante la referida transformación han de tener prioridad en los planes de formación ocupacional que se lleven a cabo dentro de los programas de formación profesional para el empleo.

d') Suspensión de contratos y reducción temporal de jornada

El mantenimiento del empleo a fin de evitar la extinción de los contratos de trabajo es objeto de apoyo mediante bonificación en la reforma laboral de 2012 [art. 15 LEMURMEL y arts. 1.3, 1.4, 6.1.*a*) y *b*) y 9 LMCE]. En este sentido, se reconoce a las empresas el derecho a una bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, incluidas las suspensiones de contratos colectivas tramitadas conforme a la legislación concursal.

Esta bonificación es compatible con otras ayudas públicas que tengan la misma finalidad, incluidas las reguladas en el Programa de fomento del empleo, con el límite de que la suma de todas las bonificaciones aplicables no supere el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

La duración de esta bonificación ha de coincidir con el período en que el trabajador se halle en situación de desempleo, que en ningún caso puede exceder de doscientos cuarenta días por trabajador.

Ciertas reglas básicas rigen esta técnica normativa.

1.º *Requisitos de los beneficiarios*

- El compromiso del empresario de mantener en el empleo a los trabajadores afectados por el expediente de regulación durante el mínimo de un año posterior al fin de la suspensión o reducción. El incumplimiento de esta obligación determina el reintegro de las bonificaciones y la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan. La obligación no se considera incumplida en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.
- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social en la fecha de alta de los trabajadores y durante la aplicación de las bonificaciones. La falta de ingreso en el plazo reglamentario durante el período de bonificaciones supone la pérdida automática de éstas respecto de las cuotas correspondientes a los períodos no ingresados, considerándose, además, dicho período consumido para computar el tiempo máximo de la bonificación.

- No haber sido excluido de los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo por la comisión de infracciones graves no prescritas.

2.º *Exclusiones*

- Las empresas que hayan extinguido o extingan, por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo, contratos a los que se haya aplicado la bonificación, quedan excluidas por un período de doce meses de la aplicación de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. La exclusión afecta a un número de contratos de trabajo igual al de las extinciones producidas, debiéndose contar el período de exclusión a partir del reconocimiento o declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.
- Las relaciones laborales de carácter especial, excepto la relación laboral especial de trabajadores en Centros Especiales de Empleo.
- Los contratos de trabajo que se concierten con el cónyuge ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas societarias, así como las que se produzcan con estos últimos.

3.º *Período de solicitud.* A la bonificación prevista pueden acceder las solicitudes de regulación de empleo en los citados supuestos de suspensión de contrato y reducción temporal de jornada, siempre que se presenten desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.

4.º *Seguimiento.* Se encomienda al SPEE el seguimiento trimestral de la bonificación por suspensión de contratos y reducción temporal de jornada, a fin de garantizar que se cumplen los requisitos y finalidad de la misma.

e') Normativa aplicable a los contratos de trabajo vigentes

Las bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social ya disfrutadas en relación con los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL-MURMEL (12-2-2012), se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación o reducción (Disp. Trans. 2.ª LEMURMEL).

d) Régimen de bonificaciones y reducciones del RDL-ECREM y de la LECREM

Tres rasgos de esta regulación deben subrayarse. En primer lugar, la quiebra del criterio introducido por la LMCE de incentivar prioritariamente la contratación indefinida, ya que, ahora, el RDL-ECREM y el LECREM abren también aquellos estímulos con mayor alcance a la contratación temporal, lo que difícilmente contribuirá al descenso de la desbocada tasa de temporalidad que soporta el mercado de trabajo español.

En segundo término, el objetivo de favorecer el trabajo autónomo y asalariado de menores de treinta años en el marco de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, habida cuenta de que en el tercer trimestre de 2012 la tasa de desempleo de los menores de 25 años alcanzó en España el 54,1 por 100 de la población activa.

Y en tercer lugar, la continuidad en la preferencia por los incentivos centrados en bonificaciones y reducciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social, esto es, en la disminución de los costes laborales de la fuerza de trabajo, si bien que combinados ahora con una flexibilidad del régimen jurídico de ciertos contratos (contratos a tiempo parcial, para trabajos eventuales y en prácticas) a fin de disminuir una tasa de desempleo desmesurada, que no deja de crecer pese a los incentivos introducidos con anterioridad por la LEMURMET, el RDL-EMRE y la LEMURMEL, lo que permite afirmar que los obstáculos para ata-

jar aquella tasa se encuentran fuera del mercado de trabajo y están vinculados a la activación de la demanda y del crédito, así como a un sistema tributario asentado en los principios de igualdad y progresividad.

El régimen de los incentivos se regula en el RDL-ECREM y en el LECREM (con las modificaciones introducidas por el RDL-CESMEN y el RDL-MUCRECE) atendiendo a la naturaleza de la relación laboral (por cuenta ajena o por cuenta propia) y a la duración del contrato de trabajo, así como a la incorporación del trabajador a entidades de economía social.

a') Contratación laboral indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial, de desempleados menores de treinta años

Las empresas y los trabajadores autónomos que acudan a esta contratación tiene derecho a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 100 por 100 durante el primer año del contrato.

Dichos empleadores deben reunir ciertos requisitos para beneficiarse de esta reducción: plantilla igual o inferior a nueve trabajadores en el momento de celebración del contrato, no haber tenido ningún vínculo laboral anterior con el trabajador, no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes durante los seis meses anteriores a la celebración del contrato, aunque posteriores a la vigencia del RDL-ECREM para la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo, así como no haber celebrado con anterioridad otro contrato de trabajo al amparo de este supuesto, salvo que el formalizado conforme al mismo se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba (arts. 10 RDL-ECREM y LECREM).

Se excluyen expresamente de esta contratación el CTIAE, el contrato de trabajo de carácter FDNP y el contrato para personas con discapacidad acogido a los incentivos regulados en el artículo 2 LMCE.

b') Contratación laboral indefinida por primera vez, a tiempo completo o parcial, de desempleados mayores de cuarenta y cinco años

Junto a la edad, la norma exige que se trate de desempleados de larga duración, esto es, que o bien estén inscritos de forma ininterrumpida como tales en la oficina de empleo durante un mínimo de doce meses dentro de los dieciocho meses anteriores a la contratación o bien que sean beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Mediante esta vía contractual, concebida para el «emprendimiento joven», se reconoce a los empleadores que la utilicen (trabajadores por cuenta propia menores de treinta años para los que no presten servicios trabajadores asalariados) el derecho a una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y cuotas de recaudación conjunta, durante los doce meses siguientes a la contratación (arts. 11 RDL-ECREM y LECREM).

Si el contrato que se celebre al amparo de este precepto da lugar de modo simultáneo a la aplicación de otras bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, sólo puede aplicarse una de ellas, siendo el beneficiario quien ha de realizar la opción al formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social.

c') Contratación temporal para una primera experiencia profesional

Se incentiva a las empresas y trabajadores autónomos a fin de que celebren contratos de trabajo para trabajos eventuales [art. 15.1.*b*) ET] con jóvenes desempleados menores de treinta años, cuando carezcan de experiencia laboral o cuando ésta sea inferior a tres meses. Los incentivos a la celebración de estos contratos son de dos clases. Por una parte, incentivos de flexibilidad adaptativa de la legislación aplicable, a cuyo efectos se modifica el régimen jurídico del contrato para trabajos eventuales en lo que se refiere a:

- La causa, considerándose como tal la adquisición de una primera experiencia profesional. De este modo, queda desvirtuado para esta contratación el carácter estructural de la causa a la que obedece este tipo de contrato y acentuadamente reducido, desde esta óptica, el posterior control judicial sobre su regularidad [Capítulo 6, I,1,C), *b*), *a'*), *b"*)].
- La duración del contrato, fijada en un mínimo de tres meses y un máximo de seis, salvo la superior establecida por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior, que en ningún caso excederá de doce meses.
- La jornada de trabajo, que podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial, sin que en este último caso pueda superar el 75 por 100 de la que corresponda a un trabajador a tiempo completo comparable conforme a lo establecido, a estos efectos, en el artículo 12.1 ET.

Por otra parte, incentivos de reducción de coste laborales directos por transformación de este contrato temporal en otro de duración indefinida cuando haya transcurrido el plazo mínimo de tres meses desde la celebración de aquél. Los incentivos se concretan en la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante tres años por un importe de 41,67 euros/mes (500 euros/año) o de 58,33 euros/mes (700 euros/año) si el contrato temporal se celebra con una mujer, siempre que la jornada que se haya pactado alcance al menos el 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable.

La posibilidad de acogerse a estos incentivos requiere que los beneficiarios no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes durante los seis meses anteriores a la celebración del contrato, aunque posteriores a la vigencia del RDL-ECREM, para la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo (arts. 12 RDL-ECREM y LECREM).

d') Contrato de trabajo en prácticas

Se permite a las empresas y trabajadores autónomos celebrar contratos de trabajo en prácticas con menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios. En tal caso, se reduce el 50 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato. La reducción alcanza el 75 por 100 cuando el trabajador esté realizando prácticas no laborales en una empresa en el momento de concertar el contrato de trabajo en prácticas. La reducción alcanza en ambos supuestos el 100 por 100 de dicha cuota cuando el contrato se formalice con personas beneficiarias del SINGAJ, aplicándose a todas las contrataciones de este tipo que se formalicen hasta el 30 de junio de 2016 (arts. 13 RDL-ECREM y LECREM, conforme al art. 108.Tres RDL-MUCRECE).

e') Contratación de duración indistinta

Comprende dos supuestos:

1.º El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, que pueden formalizar, por tiempo indefinido o determinado, las empresas y trabajadores autónomos con desempleados menores de treinta años. Los incentivos suponen una reducción durante un máximo de doce meses de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes que corresponda al trabajador contratado, que se cifra en el 100 por 100 para las empresas con plantilla inferior a 250 trabajadores o del 75 por 100 cuando se trate de empresas con plantilla que iguale a supere dicha cifra. La referencia legal al período máximo que puede alcanzar la reducción exigiría el desarrollo reglamentario de este extremo, a fin de objetivar la correspondiente decisión administrativa. No obstante, la duración máxima del referido período no es absoluta, dado que se admite su prórroga por otros doce meses, a condición de que el trabajador continúe

compatibilizando el empleo con la formación o la haya cursado en los seis meses previos a la finalización del inicial período máximo (arts. 9 RDL-ECREM y LECREM).

Los trabajadores contratados han de reunir ciertos requisitos (arts. 9.2 RDL-ECREM y LECREM, conforme a lo dispuesto en los arts, 4 RDL-CESMEN y 108.Uno RDL-MUCRECE):

- Carecer de experiencia laboral o ser ésta de escasa duración (inferior a tres meses).
- Proceder de otro sector de la actividad en los términos reglamentariamente establecidos (Anexo del RD 475/2007, de 3 de abril).
- Tener la condición de desempleado inscrito de forma ininterrumpida en la oficina de empleo durante un mínimo de doce meses dentro de los dieciocho meses anteriores a la contratación.
- Carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de formación profesional o de certificado de profesionalidad.
- Ser persona beneficiaria del SINGAJ (ver, *infra* 1. A), f).

La validez del contrato exige que la jornada que se pacte no supere el 50 por 100 de la que corresponda a una trabajador a tiempo completo comparable conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1 ET, salvo que se trate de personas beneficiarias del SINGAJ, que podrán alcanzar el 75 por 100 de dicha jornada.

El objeto del contrato exige compatibilizar el empleo con la formación o justificar que se ha cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato. Sin embargo, no se exige que la formación esté específicamente vinculada al puesto de trabajo objeto del contrato, pudiendo tratarse bien de formación acreditable con carácter oficial o promovida por los SPE, bien de formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de duración mínima de 90 horas en cómputo anual (arts. 9.3 RDL-ECREM y LECREM). De ello se infiere que la vinculación formativa exigida en relación con el contrato por el artículo 9.1 RDL-ECREM no lo es en cuanto al objeto del mismo, sino por lo que hace al hecho de su celebración, prevaleciendo así el estímulo del empleo frente a la necesaria observancia del principio de adecuación del empleo consagrado en el artículo 1 LEM [Capítulo 4, I, 2, *a*)].

2.º) Los contratos de trabajo de duración indefinida o temporal que formalicen las empresas de inserción con personas menores de treinta años en situación de exclusión social e incluidas en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, cuentan con una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por importe de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año). La bonificación se aplica durante toda la vigencia del contrato si éste es temporal o durante tres años si es indefinido. La bonificación es incompatible con la establecida en el artículo 16.3.*a*) Ley 44/2007 [arts. 14.1.*b*) RDL-ECREM y LECREM].

f ') Incorporación a entidades de economía social

La incorporación a las cooperativas o sociedades laborales de trabajadores desempleados menores de treinta años como socios trabajadores o de trabajo, respectivamente, comporta una bonificación para dichas entidades de las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante tres años en la cuantía de 66,67 euros/mes (800 euros/año). Cuando se trate de cooperativas, las bonificaciones se aplican en el supuesto de que éstas hayan optado por un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena en los términos fijados en la Disposición Adicional 4.ª LGSS [arts. 14.1.*a*) RDL-ECREM y LECREM].

g') Requisitos de los beneficiarios

La aplicación de los incentivos contemplados en los anteriores supuestos se condiciona, en su mayor parte, al cumplimiento de determinados requisitos por los beneficiarios.

1.º *Mantenimiento del empleo*

Este requisito afecta a los siguientes supuestos:

- Para la contratación laboral indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial, de desempleados menores de treinta años, este requisito se exige en dos planos. En un plano individual, la empresa debe mantener en el empleo al trabajador contratado un período mínimo de dieciocho meses desde la fecha en que se inicie la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba (arts. 10.4 RDL-ECREM y LECREM). En un plano colectivo se requiere asimismo que el empleador mantenga el nivel de empleo que haya alcanzado en el ámbito de la empresa con el contrato celebrado al amparo de este supuesto durante un período mínimo de un año desde dicha celebración. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones genera el deber empresarial de reintegrar los incentivos.

  No se consideran incumplidas estas obligaciones en los casos en que el contrato de trabajo de esta modalidad se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario (declarados judicialmente o reconocidos extrajudicialmente como procedentes), ni tampoco en los supuestos de extinciones de otros contratos debidas a dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez del trabajador, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el período de prueba (arts. 10.4 RDL-ECREM y LECREM).
- Igual exigencia de mantenimiento del empleo en el plano individual a la contemplada en el anterior supuesto se establece en el caso de transformación del contrato para trabajos eventuales celebrado con menores de treinta años sin experiencia profesional en otro de duración indefinida. También operan en relación a esta exigencia las mismas excepciones recogidas en el supuesto precedente (arts. 12.5 RDL-ECREM y LECREM).
- En la contratación laboral indefinida por primera vez, a tiempo completo o parcial, de desempleados mayores de cuarenta y cinco años, el mantenimiento del empleo sólo se exige en el mismo plano individual y con el mismo alcance que en el supuesto anterior, teniendo en cuenta que aquí se trata de jóvenes trabajadores autónomos (arts. 11.2 RDL-ECREM y LECREM).

2.º Carácter común para los beneficiarios tiene el cumplimiento actualizado de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, así como inexistencia de infracciones graves no prescritas que supongan la exclusión de los beneficios relativos a programas de empleo, en los términos ya señalados para el régimen de incentivos regulados en la LEMURMEL [*supra* A), *c*), *d'*), 1.º y art. 5 LMCE].

e) Régimen de reducciones del RDL-MUFOCI

Al objetivo de fomentar la contratación indefinida se adhiere esta norma, introduciendo a estos efectos «una tarifa plana reducida» de ciertas cotizaciones sociales de las empresas —al margen de su tamaño y de que la contratación sea a tiempo completo o parcial—, que contraten con dicha duración a trabajadores asalariados, socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas y socios trabajadores de las sociedades laborales en determinados supuestos, siempre que la contratación lleve aparejada creación neta de empleo (Exposición de Motivosff I y II RDL-MUFOCI y apartado 5 bis de esta norma añadido por el art. 120 RDL-MUCRECE). El régimen jurídico de esta medida de fomento del empleo ha de ajustarse a determinadas reglas, contempladas en el RDL-MUFOCI.

a') Cuantía y duración

Para cualquier contrato indefinido que inicialmente se formalizara por escrito entre del 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2014, período posteriormente prorrogado por tres meses para los contratos formalizados entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2015 (Disp. Adic. decimoséptima RDL 17/2014, de

26 de diciembre), la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes queda reducida a las siguientes cuantías:

* Contratación a tiempo completo, 100 euros mensuales.

- Contratación a tiempo parcial. Dependiendo de que la duración de la jornada, equivalga, como mínimo al 75 por 100 o al 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, las cuantías se fijan en 75 y 50 euros mensuales, respectivamente.

Las reducciones se aplican durante un período de 24 meses, computados desde la fecha de efectos del contrato, y respecto de los celebrados en el mencionado arco temporal de 2014. Las pequeñas empresas cuentan con un incentivo adicional, de modo que, si al momento de celebrar el contrato objeto de reducción emplean una plantilla de menos de diez trabajadores, tendrán derecho, durante los 12 meses siguientes a la finalización del período inicial de 24, a una reducción equivalente al 50 por 100 a la cotización por contingencias comunes que corresponda al trabajador contratado con carácter indefinido (art. único, 1 RDL-MUFOCI).

Por otra parte, y con indirecto resultado desincentivador de las horas complementarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial y cuyos contratos den derecho a la reducción, se establece la inaplicación de dicha reducción a la cotización por tales horas.

b') Requisitos de los beneficiarios

1º. *Relativos a la creación y mantenimiento del empleo*

Por una parte, la celebración de los contratos indefinidos al amparo de esta medida de fomento del empleo debe suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa, para cuyo cálculo se ha de tomar como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la misma en los treinta días anteriores a la celebración del contrato.

Por otra parte, se exige mantener durante un período de 36 meses, contados desde la fecha de efectos del contrato indefinido al que se le aplique la reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación.

2º. *Relativos a la evitación de prácticas fraudulentas*

La finalidad de fomento del empleo que persigue esta medida cuenta también con una regla prohibitiva a fin de evitar la sustitución de empleo indefinido no bonificado por el de igual duración y coste indirecto reducido que tal medida articula. Con este objetivo, se exigen a la empresa que pretenda beneficiarse de dicho beneficio dos requisitos. De un lado, que no se hayan extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados como improcedentes en vía judicial en los seis meses anteriores a la celebración del contrato o contratos que dan derecho a dicha reducción. De otro, que tampoco se hayan extinguido contratos de trabajo por despidos colectivos realizados en ese mismo periodo de tiempo.

3º. *Relativos al cumplimiento de ciertas obligaciones*

Por un lado, se exige estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores contratados, como durante la aplicación de la aportación empresarial de la reducción. El incumplimiento de estas obligaciones en el plazo establecido, como consecuencia de la falta de ingreso, total o parcial, de las correspondientes cantidades durante este último período, determina la pérdida automática de la reducción a partir del mes en que se produzca el incumplimiento.

Por otro lado, se requiere cumplir ciertas obligaciones en materia de empleo y Seguridad Social. Su incumplimiento viene precisado por la exigencia de que la empresa que disfrute de la reducción no haya sido excluida de los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo por la comisión de

determinadas infracciones. En concreto, por la comisión de las infracciones muy graves en materia de empleo contempladas en el artículo 16 LISOS (por ejemplo, solicitar datos de carácter personal o establecer condiciones en los procesos de selección que constituyan discriminaciones prohibidas), así como por la comisión de infracciones en materia de Seguridad Social, bien la de carácter grave recogida en el artículo 22.2 LGSS (no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen al servicio de la empresa beneficiaria de la reducción o hacerlo, a causa de la actuación inspectora, fuera del plazo establecido), bien las de carácter muy grave establecidas en el artículo 23 LGSS (por ejemplo, falsear documentos a fin de que los trabajadores obtengan o disfruten de modo fraudulento prestaciones en dicha materia).

c') Exclusiones

Como es usual en este tipo de medidas, de la que ahora se estudia quedan excluidos determinados supuestos de contratación, que pueden clasificarse en dos grupos:

1º. *Personas sin relación contractual previa con la empresa.* Las exclusiones de este grupo se establecen para las contrataciones que afecten a:

- Las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 ET. Exclusión innecesaria en algunas de esta relaciones, habida cuenta de que la duración del contrato en el que nace la relación es preceptivamente temporal (por ejemplo, los deportistas profesionales o los residentes sanitarios en formación)
- Las pesonas del cónyuge ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial u ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas o entidades con forma jurídica societaria, así como las que se produzcan con estos últimos. De esta exclusión se exceptúa el supuesto de trabajadores autónomos que contraten por cuenta ajena, bien a sus hijos menores de treinta años, aunque convivan con ellos, o bien a sus hijos mayores de dicha edad con especiales dificultades para su inserción laboral, definidas en la Disp. Adic. décima de la LETA. Exceptuar el riesgo de nepotismo en este supuesto a fin de favorecer la contratación de menores de treinta años y no hacerlo con igual objetivo para esa franja de edad respecto de las empresas, carece de la necesaria coherencia desde la óptica del fomento del empleo en la que se enmarca el RDL-MUFOCI.
- Los trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquier de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Los empleados públicos que, con carácter excepcional, puedan contratarse desde el sector público y en los términos establecidos en los artículos 20 y 21 y las Disp. Adic. vigésima y vigésimo primera de la LPGE- 2014 (por ejemplo, ciertas plazas de militares de tropa o marinería, plazas derivadas de la tasa de reposición de efectivos en docencia o sanidad, o contrataciones que correspondan a convocatorias iniciadas en ejercicios anteriores).

2º. *Personas con relación contractual previa con otras empresas del grupo o con la misma empresa.* Complementando las reglas de evitación del fraude, quedan también excluidas de esta medida dos clases de contrataciones. Por una parte, de los trabajadores que hubieran estado contratados en otras empresas del grupo del que formen parte y cuyos contratos se hayan extinguido bien por causas objetivas o por despidos disciplinarios, declarados improcedentes en vía judicial, bien por despidos colectivos, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. Por otra parte, se excluyen asimismo los trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato que da derecho a la reducción, hayan prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.

Las exclusiones de contratación de este grupo no se aplican a las extinciones producidas con anterioridad al 25 de febrero de 2014. Seguramente, por entender el legislador que en dichas extinciones difícilmente podría estimarse la existencia de fraude al no estar publicada todavía el RDL-MUFOCI en

el BOE. Pero esta posible explicación pecaría de formalista y, por ello, restaría eficacia a las reglas de evitación del fraude, dado que los proyectos de normas de esta naturaleza suelen conocerse, con carácter previo a su publicación, al menos por una parte de sus destinatarios, a través de circuitos informales.

d') Incompatibilidades

El amplio alcance de las reducciones introducidas por esta medida, determina una incompatibilidad absoluta de las mismas con cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato que origina la reducción, con independencia de los conceptos a los que el beneficio pueda afectar.

e') Reintegro de cantidades

Determinados incumplimientos del régimen jurídico establecido por el RDL-MUFOCI, recibe como respuesta sancionadora por la norma el reintegro de cantidades indebidamente percibidas por el sujeto infractor. En este sentido se contemplan dos supuestos, general y específico.

- El *supuesto general* supone aplicación indebida por el beneficiario de la reducción por incumplir las condiciones establecidas en el RDL-MUFOCI respecto de las exclusiones e incompatibilidades. En tal caso, procede el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes.
- El *supuesto específico* surge por el incumplimiento del requisito de mantenimiento del empleo al que se hecho referencia con anterioridad. Ello provoca que la reducción reconocida quede sin efecto y que deba procederse al reintegro de la diferencia entre los importes correspondientes a las aportaciones empresariales a la cotización por contingencias comunes que deberían haberse realizado de no aplicarse la reducción y las aportaciones ya realizadas desde la fecha en que se inicia la aplicación de la reducción, sin que en este supuesto se exija el abono de recargo e interés de demora. El reintegro debe ajustarse a una escala temporal que tiene en cuenta la duración del incumplimiento computada desde el inicio de la contratación. De este modo, si el incumplimiento se produce a los doce meses de ésta, debe reintegrarse el 100 por 100 de la diferencia; si a los veinticuatro meses, la cuantía del reintegro se ciñe al 50 por 100 de la misma y si la conducta incumplidora acontece a los treinta y seis meses el reintegro se reduce al 33 por ciento de tal diferencia.

f) Régimen de bonificaciones del RDL-MUCRECE para la contratación indefinida de personas beneficiarias del SINGAJ

El RDL-MUCRECE incide de nuevo en el ámbito del estímulo a la contratación indefinida de ciertos colectivos de jóvenes (art. 107), en el que, por ahora, es el postrer intento de aminorar la desorbitante tasa de paro existente en este ámbito subjetivo, inmune hasta el momento a una reducción sustancial sólo levemente atenuada por las actividades estacionales propias del sector de los servicios. Las principales reglas por las que se rigen las bonificaciones contempladas al respecto en dicha norma y en la LMCE a la que la misma remite, se acomodan a la siguiente estructura.

a') Sujetos, cuantía y duración

La contratación indefinida, incluida la modalidad fija discontinua, de personas beneficiarias del SINGAJ, por parte de las empresas y los trabajadores autónomos, les permite disfrutar de una bonificación mensual en la aportación empresarial a la Seguridad Social por un importe de 300 euros.

Las personas que pueden ser contratadas con aplicación de esta bonificación son las beneficiarias del SINGAJ, esto es, los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso

de personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento, que carezcan de ocupación y que tampoco estén integrados en los sistemas de educación o formación (arts. 88, d) y 90.1, a) RDL-MUCRECE). La duración de la bonificación se establece en seis meses.

Cuando la contratación indefinida se realice a tiempo parcial, la jornada no podrá ser inferior al 50 por ciento de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 12.1 ET. En este caso, la bonificación se aplica siguiendo un criterio proporcional, de forma que si la jornada equivale, al menos, a un 75 por ciento de la que corresponda a un trabajador a tiempo completo comparable, la bonificación es de 225 euros mensuales, en tanto que si dicha jornada se establece en un mínimo del 50 por ciento de ese mismo término de comparación la cuantía bonificada se fija queda en 150 euros mensuales

Todas las reglas anteriores son aplicables a los supuestos de contratación indefinida de personas beneficiarias del SINGAJ ya sea por parte de las cooperativas y sociedades laborales como socios trabajadores o de trabajo, respectivamente, ya sea por las empresas de inserción cuando se trate de trabajadores en situación de exclusión social relacionados en el artículo 2 de la Ley 44/2007.

b') Aplicación de las bonificaciones

- Los empleadores sólo podrán aplicar una vez las mencionadas bonificaciones por cada uno de los beneficiarios del SINGAJ que contraten, al margen del período de bonificación disfrutado por la empresa por cada trabajador. Ello significa que la finalización del contrato indefinido y la celebración de otro de igual duración con el mismo trabajador no abre un nuevo período de disfrute de la bonificación.
- La bonificación se aplicará a todas las contrataciones de carácter indefinido que se realicen desde el 5 de julio de 2014 (fecha de entrada en vigor del RDL-MUCRECE) hasta el 30 de junio de 2016.

c') Requisitos de los beneficiarios

1º. *Relativos al mantenimiento y la creación de empleo*

- Sobre el empleador recae la obligación de mantener al trabajador con el contratado un mínimo de seis meses durante todo el período de disfrute de la bonificación. El incumplimiento de esta obligación determina que el beneficiario deba de reintegrar la bonificación.
- Además, cada nueva contratación que se realice al amparo de esta medida de apoyo debe suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa, así como el mantenimiento del unevo nivel alcanzado con la contratación durante todo el período de disfrute de la bonificación. El cálculo de dicho incremento ha de tomar como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la misma en los treinta días naturales anteriores a la celebración del contrato.

2º. *Relativos al cumplimiento de ciertas obligaciones*

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social en la fecha de alta de los trabajadores y durante la aplicación de las bonificaciones. La falta de ingreso en el plazo reglamentario durante el período de bonificaciones supone la pérdida automática de éstas respecto de las cuotas correspondientes a los períodos no ingresados, considerándose, además, dicho período consumido para computar el tiempo máximo de la bonificación.

- No haber sido excluido de los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo por la comisión de infracciones graves no prescritas en esta materia.

d') Inexistencia de regla prohibitiva de prácticas fraudulentas

No contiene el RDL-MUCRECE ninguna regla prohibitiva dirigida a evitar la sustitución de empleo indefinido no bonificado por el de igual duración y coste indirecto bonificado que dicha norma regula, que, como ya se visto, suele ser pauta común en esta clase de medidas incentivadotas del empleo, impidiéndose con ello que el empleador pueda beneficiarse de las bonificaciones si durante un determinado período de tiempo anterior a la celebración del contrato bonificado ha extinguido contratos de trabajo por ciertas causas (en general, por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados como improcedentes en vía judicial, o por despidos colectivos). De este modo, no sólo se sacrifica indebidamente la prohibición general de fraude de ley (art. 6.4 CC) en el hipertrofiado altar del fomento del empleo, sino que se desvirtúa la eficacia del citado requisito atinente a la obligación empresarial de su incremento, que puede resultar un aumento ficticio si dichas extinciones no prohibidas han tenido lugar en el referido período de tiempo, máxime cuando hayan afectado a contratos de trabajo indefinidos.

e') Reintegro de cantidades

La obtención de las bonificaciones reguladas en el RDL-MUCRECE sin que el beneficiario reúna los requisitos establecidos, provoca la devolución de las cantidades dejadas de ingresar, así como el recargo y el interés de demora correspondientes.

f') Exclusiones

Siguiendo las pautas de otras medidas de reductoras de costes laborales directos, también en el RDL-MUCRECE se contemplan, por remisión a la LMCE o directamente, la exclusión de ciertos supuestos de contratación que admiten asimismo una clasificación dual de colectivos:

1º. *Personas sin relación contractual previa con la empresa.* En este grupo deben incluirse las contrataciones que afecten a:

- Las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 ET. Como ya se indicó con relación al RDL-MUFOCI, debe reiterarse que esta exclusión es innecesaria en algunas de estas relaciones, habida cuenta de que la duración del contrato en el que nace la relación de trabajo es preceptivamente temporal.
- Las personas del cónyuge ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial u ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas o entidades con forma jurídica societaria, así como las que se produzcan con estos últimos. De esta exclusión se exceptúa, dos supuestos. Por un lado, el de los trabajadores autónomos que contraten por cuenta ajena a sus hijos menores de treinta años, convivan o no con ellos. Por otro, el supuesto de trabajadores autónomos sin asalariados que contraten a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo. Dénse aquí por reproducidas las consideraciones realizadas para el supuesto parcialmente similar de exclusión previsto en el RDL-MUFOCI.
- Los trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquier de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

- Trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido con otra empresa en los tres meses previos a la formalización del contrato bonificado. La exclusión no se aplica en el caso de que la finalización del contrato haya tenido lugar por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo.

2º. *Personas con relación contractual previa con otras empresas del grupo o con la misma empresa.*

Paliando solo en parte la ausencia de reglas de evitación del fraude, quedan también excluidas de esta medida los trabajadores que bien hayan estado contratados indefinidamente en la misma empresa, grupo de empresas o entidad en los veinticuatro meses anteriores a la contratación bonificada, o bien cuando dicha contratación con ellas se haya producido en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada, formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

La exclusión establecida para estas contrataciones es también aplicable al supuesto en el que exista vinculación laboral del trabajador con empresas a las que el solicitante de la bonificación haya sucedido en virtud de sucesión o transmisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 ET.

g') Compatibilidades

La prioritaria finalidad de fomentar el empleo mediante la reducción de costes laborales directos, fundamenta la flexibilidad reguladora en este extremo. De aquí que la medida incentivadora de esta contratación se declare compatible con todo tipo de incentivos, con el límite de que el importe mensual a cotizar por el empleador no sea negativo, es decir, que no deba abonársele cantidad alguna por parte de la Seguridad Social como consecuencia de los distintas bonificaciones o reducciones de cuotas a la misma que aquél pueda disfrutar.

g) Medidas de apoyo a la prolongación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos

De forma específica y transitoria, se reconoce a las empresas encuadradas en los sectores del turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería, con exclusión de las que pertenezcan al sector público, que generen actividad productiva en los meses de marzo y noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichos trabajadores. La medida comenzó a aplicarse durante 2014 (Disp. Adic. septuagésima novena LPGE-2014), y se ha prorrogado para 2015 (Disp. Adic. octogésima séptima LPGE-2015).

h) Mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la contratación indefinida (art. 8 RDL-MORSO)

a') Supuestos y duración

Insistiendo en la línea de estimular la contratación indefinida, el RDL-MORSO amplía las bonificaciones y reducciones a todas las modalidades de la misma y a todos los trabajadores con los que se formalice alguna de ellas, cuando se cumplan las condiciones y requisitos exigidos en dicha norma. En tales supuestos, la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes se determinará conforme a las siguientes reglas:

a") Si la contratación es a tiempo completo, los primeros 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a cada mes quedarán exentos de la aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Al resto del importe de dicha base le resultará aplicable el tipo de cotización vigente en cada momento.

b") Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, la cuantía señalada en la letra a") se reducirá de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada de cada contrato.

c") El beneficio en la cotización previsto en este artículo consistirá en una bonificación cuando la contratación indefinida se produzca con trabajadores inscritos en el SINGAJ que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y en una reducción para el resto de trabajadores contratados. La bonificación se financiará con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del SPEE, siendo objeto de cofinanciación con cargo al Fondo Social Europeo cuando cumpla con los requisitos establecidos, y la reducción se financiará por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social.

d") El beneficio en la cotización se aplicará durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato, que deberá formalizarse por escrito, y respecto de los celebrados entre la fecha de entrada en vigor de este RDL-MORSO (el 1 de marzo 2015) y el 31 de agosto de 2016. Finalizado el período de 24 meses, y durante los 12 meses siguientes, las empresas que en el momento de celebrar el contrato al que se aplique este beneficio en la cotización contaran con menos de diez trabajadores tendrán derecho a mantener la bonificación o reducción, si bien durante este nuevo período estarán exentos de la aplicación del tipo de cotización los primeros 250 euros de la base de cotización o la cuantía proporcionalmente reducida que corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial.

Cuando las fechas del alta y de la baja del trabajador en el régimen de Seguridad Social que corresponda no sean coincidentes con el primero o el último día del mes natural, el importe al que se aplique el beneficio a que se refiere este artículo será proporcional al número de días en alta en el mes.

b') Requisitos

Para beneficiarse de estas exenciones, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a") Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación del beneficio correspondiente. Si durante el período de bonificación o reducción existiese un incumplimiento, total o parcial, de dichas obligaciones en plazo reglamentario, se producirá la pérdida automática del beneficio respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta tales períodos como consumidos a efectos del cómputo del tiempo máximo de bonificación o reducción.

b") No haber extinguido contratos de trabajo, bien por causas objetivas, bien por despidos disciplinarios que hayan sido declarados judicialmente improcedentes, bien por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a Derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho al beneficio previsto en este artículo. La exclusión del derecho a la bonificación o reducción derivada del incumplimiento de este requisito afectará a un número de contratos equivalente al de las extinciones producidas.

c") Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa. Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los treinta días anteriores a la celebración del contrato.

d") Mantener durante un periodo de 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido con aplicación de la bonificación o reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación.

Se examinará el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total cada doce meses. Para ello, se utilizarán el promedio de trabajadores indefinidos y el promedio de trabajadores totales del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito.A efectos de examinar el nivel de empleo y su mantenimiento en la empresa, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo

por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes, los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a Derecho, así como las extinciones causadas por dimisión, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

e") No haber sido excluidas del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de la infracción grave del artículo 22.2 o las infracciones muy graves de los artículos 16 y 23 de la LISOS, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de dicha ley.

c') El beneficio en la cotización no se aplicará en los siguientes supuestos:

a") Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 del texto refundido del ET o en otras disposiciones legales.

b") Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Se exceptúa de esta exclusión la contratación de los hijos que reúnan las condiciones previstas en la disposición adicional décima de la LETA.

c") Contratación de trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

d") Contratación de empleados que excepcionalmente pueda tener lugar en los términos establecidos en los artículos 20 y 21, así como en las disposiciones adicionales décima quinta a décima séptima de la LPGE-2015 y en preceptos equivalentes de posteriores LPGE.

e") Contratación de trabajadores que hubiesen estado contratados en otras empresas del grupo de empresas del que formen parte y cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes, o por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a Derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción.

f") Contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.

El beneficio tampoco resultará aplicable a la cotización por horas complementarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial cuyos contratos den derecho al mismo.

d') Incompatibilidades

La aplicación del beneficio previsto será incompatible con la de cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato, con independencia de los conceptos a los que tales beneficios pudieran afectar, con las siguientes excepciones:

a") En el caso de que el contrato indefinido se formalice con personas beneficiarias del SINGAJ, será compatible con la bonificación establecida en el artículo 107 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

b") En el caso de que el contrato indefinido se formalice con personas beneficiarias del Programa de Activación para el Empleo, será compatible con la ayuda económica de acompañamiento que aquellas perciban, en los términos previstos en el artículo 8 del RDL_PAEM.

Lo dispuesto en los dos subapartados anteriores será también de aplicación en el supuesto de personas que se incorporen como socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, siempre que estas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena, así como a los que se incorporen como socios trabajadores de las sociedades laborales.

e') Control y reintegro de cantidades

a") La aplicación de este beneficio en la cotización será objeto de control y revisión por el SPEE, por la TGSS y por la ITSS, en el ejercicio de las funciones que respectivamente tienen atribuidas.

b"). En los supuestos de aplicación indebida del respectivo beneficio, por incumplir las condiciones establecidas en este artículo, procederá el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes, conforme a lo establecido en la normativa recaudatoria de la Seguridad Social.

i) Bonificación favor de trabajadores autónomos por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación (art 9 RDL-MORSO)

a') Supuestos

Los trabajadores incluidos en el RETA tendrán derecho, por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el tipo de cotización mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial en los siguientes supuestos:

a") Por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo.

b") Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

La aplicación de la bonificación estará condicionada a la permanencia en alta en el RETA y a la contratación de un trabajador, a tiempo completo o parcial, que deberá mantenerse durante todo el periodo de su disfrute. En todo caso, la duración del contrato deberá ser, al menos, de 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación. Cuando se extinga la relación laboral, incluso durante el periodo inicial de 3 meses, el trabajador autónomo podrá beneficiarse de la bonificación si contrata a otro trabajador por cuenta ajena en el plazo máximo de 30 días. El contrato a tiempo parcial no podrá celebrarse por una jornada laboral inferior al 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Si la contratación es a tiempo parcial, la bonificación prevista en el apartado 1 de este artículo será del 50 por 100.

b') Reintegro de cantidades

En caso de incumplimiento de lo previsto en el apartado a') anterior, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada.

No procederá el reintegro de la bonificación cuando la extinción esté motivada por causas objetivas o por despido disciplinario cuando una u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni en los supuestos de extinción causada por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o por resolución durante el periodo de prueba.

Cuando proceda el reintegro, este quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato cuya extinción se hubiera producido en supuestos distintos a los previstos en el párrafo anterior.

En el supuesto de no mantenerse en el empleo al trabajador contratado durante, al menos, 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada, salvo que, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, se proceda a contratar a otra persona en el plazo de 30 días.

En caso de que el menor que dio lugar a la bonificación prevista alcanzase la edad de 7 años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación, esta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de 12 meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones.

c') Requisitos de los beneficiarios y compatibilidades

a") El trabajador autónomo que se beneficie de la bonificación prevista en este artículo deberá mantenerse en alta en la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma. En caso contrario el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada.

b") Solo tendrán derecho a la bonificación los trabajadores por cuenta propia que carezcan de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. No se tomará en consideración a los efectos anteriores al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

c") Los beneficiarios de la bonificación tendrán derecho a su disfrute una vez por cada uno de los sujetos causantes a su cargo señalados en el apartado a'), siempre que se cumplan el resto de requisitos establecidos.

d") La bonificación será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente.

B) Reducción de la cuantía indemnizatoria en determinados supuestos de extinción del contrato de trabajo

La aminoración de la cuantía de las indemnizaciones que el empresario debe abonar al finalizar el contrato de trabajo constituye una técnica de frecuente utilización respecto del fomento del empleo, que se aplica tanto a los contratos temporales como a los de carácter indefinido.

Los contratos temporales tienen una cuantía indemnizatoria netamente inferior a los indefinidos, que está prevista en doce días de salario por cada año de servicio, en lugar de los ocho días de salario por cada año de servicio que actualmente rige hasta el 31 de diciembre de 2011. La aplicación de la referida cuantía superior, como ya se indicó en su momento, se producirá gradualmente hasta alcanzar los doce días a partir del 1 de enero de 2015 [art. 49.1.*c*) ET modificado por la LEMURMET y Disp. Trans. 13.ª ET añadida por la LEMURMET]. Se sigue excluyendo de esta indemnización al contrato de trabajo de interinidad y a los contratos formativos [Capítulo 6, I, 1, C) y 3, A)].

Esta compensación económica pretende resarcir del deterioro de la estabilidad en el empleo que supone el trabajo temporal, del que deriva un lucro cesante (pérdida de retribución) y un daño emergente (dificultad de encontrar otro trabajo). La menor cuantía de dicha indemnización obedece a un criterio de proporcionalidad con el contrato de trabajo indefinido, dada la menor duración de los temporales. Pero, al tiempo, esta indemnización más reducida actúa como incentivo indirecto para la concertación de estos contratos temporales, estímulo al que las empresas se acogen de forma profusa a fin de reducir costes laborales.

Desde el plano de la estabilidad en el empleo, el derogado CTFCI respondía a la finalidad de facilitar la colocación estable de trabajadores desempleados o de empleados sujetos a contratos temporales. El incentivo para su concertación estribaba en la reducción de la cuantía indemnizatoria en determinados supuestos extintivos de dicho contrato respecto de la general aplicable al contrato de trabajo indefinido. Tales supuestos de extinción afectaban al despido por causas objetivas declaradas o reconocidas como improcedentes, en cuyo caso la cuantía de la indemnización se reducía a treinta y tres días de salario por

año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades (Disp. Adic. 1.ª4 Ley 12/2001), frente a la cuantía ordinaria que, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, se fijaba en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades, aplicada al resto de los despidos improcedentes [arts. 55.3 y 56.1.*a*) ET]. La derogación del CTFCI por el legislador reformista de 2012 [Disp. Derog. única.*a*) RDL-MURMEL] evidencia que dicho contrato no era, en realidad, una modalidad del contrato de trabajo, sino que se trataba de un contrato indefinido ordinario con posibilidad de extinción menos costosa para el empleador. Y ello porque tal derogación (aunque el preámbulo del RDL-MURMEL y de la LEMURMEL guarden silencio al respecto) se acompaña con la modificación realizada por dicha reforma para todo tipo de contratos de trabajo en la cuantía indemnizatoria del despido declarado improcedente mediante sentencia, que ahora se generaliza en treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades (art. 56.1 ET conforme a la LEMURMEL), configurándose así un incentivo a la contratación por la vía de abaratar el coste del despido improcedente y, por tanto, considerándose de este modo ociosa la vigencia del CTFCI.

C) Reducción del coste del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de perceptores de prestación o subsidio por desempleo

La realización por el beneficiario de prestaciones por desempleo de un trabajo por cuenta propia o ajena es, por regla general, incompatible con el percibo de dichas prestaciones, dado el carácter de renta sustitutiva del salario que a éstas se atribuye. No obstante, existen determinados supuestos en los que dicha incompatibilidad se exceptúa, tanto a fin de disminuir la duración de la inactividad laboral y estimular la inserción laboral, como de reducir costes laborales directos. Los citados supuestos pueden clasificarse en tres grupos: colectivos con relación laboral contractual, colectivos con relación laboral extracontractual y trabajadores por cuenta propia.

a) Colectivos con relación laboral contractual

Se hallan incluidos en este grupo los siguientes colectivos (art. 228.4 LGSS, Disps. Trans. 5.ª y 6.ª LMUDEO y art. 2.seis LEMURMEL):

a') Trabajadores desempleados mayores de cincuenta y dos años, inscritos en la oficina de empleo, y beneficiarios de los subsidios por desempleo contemplados en el artículo 215 LGSS (subsidios por cargas familiares, de emigrantes retornados, de mayores de cuarenta y cinco años, de liberados de prisión o centros de internamiento, de inválidos recuperados, de prejubilación…).

b') Trabajadores eventuales desempleados mayores de cincuenta y dos años, inscritos en la oficina de empleo y beneficiarios del subsidio agrario por desempleo.

c') Trabajadores desempleados, inscritos en las oficinas de empleo, beneficiarios de la prestación contributiva o el subsidio por desempleo, que sean contratados para sustituir a trabajadores en formación, cualquiera que sea el tamaño de la plantilla de la empresa.

En estos supuestos se permite compatibilizar la percepción de las prestaciones contributivas o subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, mediante la suscripción del correspondiente contrato de trabajo. De aquí que la aplicación de los programas de fomento del empleo que autorizan dicha compatibilidad sean voluntarios para los trabajadores que se acojan a los mismos. El rasgo común de estos programas, en cuanto a aquí importa, consiste en la reducción de costes laborales directos. De este modo, el empresario, de un lado, sólo ha de abonar la diferencia entre la cuantía de la prestación o el subsidio por desempleo y el salario que corresponda al trabajador y, de otro, se beneficia de una bonificación del 50 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, en el caso de contratación temporal, con un máximo de doce meses, o de la que corresponda si se trata de contratación laboral indefinida. La única salvedad a esta bonificación es la del supuesto *c')*, ya que en este caso el empresario es

responsable de la totalidad de las cotizaciones a la Seguridad Social y por el total del salario, incluyendo el importe de la prestación o del subsidio por desempleo.

b) Colectivos con relación laboral extracontractual

La mencionada compatibilidad también se posibilita para los denominados «trabajos temporales de colaboración social» que pueden exigir las Administraciones Públicas a los trabajadores que perciban prestaciones por desempleo, siempre que tales trabajos sean de utilidad social, que su duración máxima coincida con la que le falte al trabajador por percibir la prestación o el subsidio, que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador y que coincida con sus aptitudes físicas y profesionales (arts. 213.3 LGSS y 38 y 39 RD 1.445/1982, de 25 de junio). Mientras realice dichos trabajos, el trabajador seguirá percibiendo la prestación o el subsidio. La Administración Pública a la que se prestan los trabajos reduce sus costes por una doble vía. En primer lugar, debe completar la cuantía de la prestación o el subsidio hasta el importe total de la base reguladora utilizada para el cálculo de la prestación contributiva que esté percibiendo o que haya agotado antes de percibir el subsidio, debiendo quedar garantizado con ambas cantidades el 100 por 100 del SMI vigente en cada momento. En segundo término, sólo ha de ingresar las cuotas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Las restantes cuotas, tanto del empleador como del trabajador, son abonadas por la entidad gestora.

A diferencia de los supuestos anteriores y como ya se señaló en su momento [Capítulo 5, I, 2, A)], estos trabajos de colaboración no se prestan mediante un contrato de trabajo, ya que los trabajadores que perciban prestaciones por desempleo están obligados a realizarlos cuando hayan sido seleccionados para ello por el SPE. La negativa del trabajador a participar en estos trabajos sin causa justificada supone una infracción administrativa grave que se sanciona con la pérdida temporal de la prestación (tres o seis meses) o con su extinción si existe reincidencia [arts. 25.4 y 47.1.*b*) LISOS].

c) Trabajadores por cuenta propia

La compatibilidad alcanza a los siguientes supuestos (arts. 2 y 3 RDL-ECREM y LECREM):

a') Cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo dirigido a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se permite compatibilizar la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia (arts. 2 RDL-ECREM y LECREM).

b') Cuando los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo se constituyan como trabajadores por cuenta propia, pueden compatibilizar la percepción mensual de la prestación con el trabajo autónomo por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que el beneficiario de la prestación sea menor de 30 años en la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, no tenga trabajadores contratados y solicite a la entidad gestora el derecho a la compatibilidad en el plazo establecido (arts. 2 RDL-ECREM y LECREM).

D) Ayuda económica de acompañamiento del Programa de Activación para el Empleo

El Programa de Activación para el Empleo, específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a personas desempleadas de larga duración que cumplan determinados requisitos, prevé, entre otras actuaciones (políticas activas de empleo, intermediación laboral, gestionadas por los SPE a fin de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo), una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el SPEE y vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo (art. 1.2 (RDL-PAEM. La ayuda puede tener una duración máxima de seis meses y su cuantía será igual al 80 por ciento del IPREM vigente en cada momento (art. 7 RDL-PAEM).

a) Podrán ser beneficiarias del programa y de la ayuda económica de acompañamiento al mismo las personas desempleadas que, presentando la solicitud de incorporación al programa entre el 15 de enero de 2015 y el 15 de abril de 2016, reúnan determinados requisitos en la fecha de dicha solicitud (arts. 2 y 4.1 RDL-PAEM):

a') Haber transcurrido al menos seis meses desde el agotamiento de alguna de las siguientes ayudas o prestaciones: la Renta Activa de Inserción (RAI) regulada en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, o en las normas que le precedieron, cuando se haya agotado el tercer derecho a la misma; el Programa Temporal de Protección e Inserción (PRODI) regulado por el Real Decreto-ley 10/2009, de 13 de agosto; el Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo (PREPARA), regulado en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, así como en los sucesivos reales decreto-leyes que han prorrogado dicho programa.

A los efectos de este apartado no se considerará agotamiento la extinción derivada de una sanción o baja en el derecho por causa imputable al beneficiario.

b') Estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014. Este requisito se entenderá cumplido en los supuestos en que el trabajador, aún no estando inscrito como demandante de empleo en dicha fecha, tenga interrumpida la inscripción debido a la realización de un trabajo por cuenta ajena, siempre que la duración del contrato haya sido por tiempo inferior a 90 días. A efectos del acceso al programa no se considerará desempleado a quien en la fecha de solicitud de incorporación al mismo se encuentre trabajando por cuenta ajena a tiempo parcial.

c') Haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa.

d') Carecer del derecho a la protección contributiva o asistencial por desempleo, o a la renta activa de inserción.

e') Haber cesado involuntariamente en un trabajo por cuenta ajena previamente al agotamiento del último derecho de los contemplados en la letra a) anterior. Además, si se hubiera trabajado tras el agotamiento de dicho derecho, haber cesado de forma involuntaria en el último trabajo realizado.

f') Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, y acreditar responsabilidades familiares. A estos efectos no se tendrán en cuenta las rentas derivadas de las actividades compatibles con la ayuda.

g') En el caso de que tras el agotamiento de alguna de las prestaciones o ayudas incluidas en el apartado a) se hubiese percibido cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública, deberán haber transcurrido como mínimo 6 meses desde la finalización de la percepción de estas rentas antes de la solicitud de este programa.

h') Cumplir con las obligaciones de activación previstas en el en el RDL-PAEM (art. 3).

b) La ayuda económica será compatible con las siguientes percepciones: (art. 8, núms. 1,2 y 3 RDL-PAEM).

a') Las ayudas de cualquier naturaleza que se pudieran obtener por la asistencia a acciones de formación profesional para el empleo.

b') El trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial y de duración indefinida o temporal, hasta un máximo de cinco meses, siempre que el mismo se desarrolle en empresas o entidades que no formen parte del sector público.

En el supuesto previsto en el anterior apartado a), b") el trabajador mantendrá la percepción de la ayuda económica durante la vigencia del contrato por el tiempo que le reste por percibir aquella hasta un máximo de cinco meses. Durante este tiempo, el empresario descontará la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que corresponda percibir al trabajador legal o convencionalmente. En el supuesto de contratación a tiempo parcial, la cuantía de la ayuda económica a descontar del importe del salario será

proporcional al tiempo efectivamente trabajado. No obstante, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo tanto de indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo como de bases de cotización a la Seguridad Social será el que, legal o convencionalmente, correspondiera al trabajador.

A la contratación realizada de acuerdo con este programa, le serán de aplicación las bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social que correspondan según la regulación vigente siempre que el contrato celebrado cumpla los requisitos establecidos en cada caso. No obstante, la cuantía de la ayuda económica a descontar del importe del salario, en concurrencia con medidas de apoyo público distintas de las citadas bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, no podrá superar el 80 % del coste salarial anual correspondiente al contrato que se hubiera formalizado, sin incluir las cuotas a la Seguridad Social.

En el caso de extinción del contrato antes de finalizar la participación del beneficiario en el programa, y siempre que no se reúnan los requisitos de acceso a una prestación contributiva o subsidio por desempleo, el trabajador deberá comunicar la citada extinción del contrato a la oficina de prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal dentro de los quince días siguientes a la misma, y reactivar el compromiso de actividad para mantener la participación en el programa y la percepción por el tiempo que reste de la ayuda económica de acompañamiento.

c) La ayuda económica será incompatible con las siguientes percepciones: (art. 8.4 RDL-PAEM).:

a') La obtención de rentas de cualquier naturaleza que hagan superar los límites establecidos, en los términos fijados en el anterior apartado a), f'), sin que se computen a esos efectos las rentas que provengan de acciones o trabajos compatibles con la percepción de la renta.

b') La percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, o de la renta agraria.

c') La percepción de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social que sean incompatibles con el trabajo.

d') La realización simultánea de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial, salvo cuando sea compatible según lo establecido en el anterior apartado b), b').

e') La percepción de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Administraciones Publicas.

2. Costes indirectos

La finalidad de los costes indirectos se encamina a la creación o el mantenimiento del empleo, bien aminorando el coste de los factores que influyen de forma lateral u oblicua en esas decisiones (por ejemplo, la formación profesional o el autoempleo), bien operando sobre la demanda de empleo para promoverlas (por ejemplo, la movilidad geográfica), de forma que tales costes no afectan al salario y a las cotizaciones sociales. Las técnicas normativas que se utilizan con estas finalidades pueden tener carácter económico o profesional. A continuación se examinan las de mayor relevancia y alcance.

A) Ayudas para la formación profesional

El fomento del empleo también puede canalizarse indirectamente mediante ayudas en materia de formación profesional dirigidas a las empresas y a los trabajadores.

Las empresas pueden financiar el coste de la formación del contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social con cargo al presupuesto del SPEE, que son compatibles con las establecidas respecto de dichos contratos en los programas de fomento del empleo, de conformidad con la Disposición Adicional 2.ª LEMURMET y con la Disposición Transitoria 8.ª6 LEMURMEL hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario de esta última norma.

En cuanto a los trabajadores, los que estén desempleados y participen en las acciones formativas para el empleo reguladas en el RDSUBFOE, pueden percibir ayudas en concepto de transporte, manu-

tención y alojamiento. De forma más específica, se podrán establecer para dichos trabajadores ayudas que permitan conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o de familiares dependientes. Por otra parte, es posible asimismo que las personas discapacitadas y los alumnos de programas públicos de empleo-formación puedan disfrutar de becas que faciliten la asistencia a los correspondientes cursos. Dichas becas también pueden concederse a determinados colectivos de desempleados que participen en itinerarios de formación profesional personalizados, en el marco de programas establecidos por el SPE o por las CCAA para la atención de personas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su reinserción o recualificación profesional (art. 25.4 y 5 RDFOE).

Por otra parte, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y representativas en el correspondiente sector de actividad, los entes paritarios creados o amparados en el marco de la negociación colectiva sectorial estatal y los centros y entidades de formación debidamente acreditados, son beneficiarios de las subvenciones destinadas a la financiación de los planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados [art. 3.1.1.º Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, conforme a la Disp. Final 8.ª*i*) RDL-MURMEL].

B) Acciones de asistencia técnica

Las más relevantes se dirigen a los trabajadores discapacitados y a las trabajadoras, ambos en situación de desempleo, que deseen establecerse como autónomos. Se prevé en ambos casos una subvención para asistencia técnica necesaria durante la puesta en marcha de la empresa, a fin de mejorar el desarrollo de la actividad empresarial, así como la realización de estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis y otros de naturaleza análoga. El importe de esta subvención es de hasta el 75 por 100 del coste del servicio con un tope de 2.000 euros.

C) Ayudas a la movilidad geográfica

Las empresas y los trabajadores pueden beneficiarse de ayudas públicas que faciliten la contratación laboral indefinida o temporal de trabajadores desempleados cuando ésta suponga desplazamientos o traslados del trabajador, esto es, cambios transitorios o definitivos de residencia, respectivamente, reduciendo así las empresas los costes indirectos del trabajo (art. 228.5 LGSS y Disp. Trans. 7.ª LMUDEO).

Cuando se trate de desplazamientos, las empresas o las organizaciones empresariales podrán acceder a subvenciones públicas a fin de organizarlos y costearlos, y facilitar el alojamiento de los trabajadores desempleados que se desplacen desde su residencia habitual a otra localidad para ocupar puestos de trabajo de carácter temporal, con independencia de lo que se establezca al respecto en los convenios colectivos.

En el supuesto de trabajadores que hayan de trasladar su residencia para ocupar un empleo existen, con carácter general, dos tipos de ayudas, al margen de las establecidas por los convenios colectivos o por las CCAA. De un lado, el derecho a percibir ayudas económicas individuales de los SPE en concepto de alojamiento, gastos de desplazamiento y traslado de enseres y mobiliario. Ayudas todavía pendientes de desarrollo reglamentario en cuanto a su procedimiento, contenido y condiciones (Disp. Trans. 5.ª LMUDEO). De otro, existe la posibilidad de que el SPE abone el importe de un mes de la duración de la prestación por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio, que estén pendientes de percibir, a los beneficiarios de las mismas para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia (art. 228.5 LGSS), esto es, que suponga técnicamente un traslado.

La efectividad de estas ayudas exige su acomodo a las concretas circunstancias de cada traslado, teniendo en cuenta las diferencias de nivel de vida de las distintas áreas geográficas del Estado. Adviértase que estas ayudas pueden resultar insuficientes, sobre todo cuando se trata de traslados —cambios permanentes de residencia— que no se acompañen de un salario adaptado al nivel de vida superior que exista en el nuevo lugar de residencia.

D) Ayudas para el autoempleo

Los poderes públicos tienen el deber normativo de adoptar políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas a establecer y desarrollar iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, en particular removiendo los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de dichas actividades (art. 27.1 y 2 LETA). Una de las actuaciones de dichos poderes al respecto estriba en las ayudas económicas al autoempleo. Esta técnica cuenta con distintas manifestaciones, de las que pueden destacarse dos, una genérica y otra específica.

a) Ayuda genérica

La manifestación genérica posibilita el abono de dos clases de ayudas al trabajador que perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo y que se encuentre en alguna de estas situaciones (art. 228.3 LGSS y Disp. Trans. 4.ª LMUDEO, parcialmente modificada por el arts. 4.uno RDL-ECREM y LECREM):

- Que pretenda bien incorporarse de forma estable como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, siempre que no haya mantenido un vínculo contractual previo con dichas entidades superior a veinticuatro meses, o bien constituirlas.
- Que pretenda constituirse como trabajador autónomo, tenga o no reconocida una discapacidad igual o superior al 33 por 100.
- Que sea menor de treinta años, cuando capitalice la prestación para destinar el 100 por 100 de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que desarrolle en la misma una actividad profesional o laboral de duración indefinida. No se incluyen en este supuesto las personas que hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas entidades, ni a los TRADE que hayan suscrito con un cliente un contrato registrado en el SEPE.

El importe capitalizado de la prestación por desempleo también puede destinarse a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

En estos supuestos se puede reconocer por la Entidad Gestora, de un lado, el abono, de una sola vez, del importe, de dicha prestación por desempleo (capitalización de la misma), o alternativamente, de otro, el abono mensual de dicha prestación para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

b) Ayudas específicas

La segunda manifestación, específica, de las ayudas al autoempleo, se refiere a las personas discapacitadas y al empleo femenino. Para las primeras se subvenciona el establecimiento como trabajador autónomo con un importe de 8.000 euros.

Para el empleo femenino se subvenciona el establecimiento como autónomas de mujeres desempleadas con 7.000 euros, cuantía que asciende a 10.000 euros en el caso de mujeres con discapacidad. Estos importes se incrementan un 10 por 100 cada uno en el supuesto de que la mujer tenga la consideración legal de víctima de la violencia de género (Orden TAS/1.622/2007).

II. ACCIONES POSITIVAS

El fomento del empleo en su vertiente cuantitativa también se lleva a cabo mediante acciones positivas. Éstas surgen como respuesta normativa a la existencia de discriminaciones indirectas, existentes «cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una

decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios» [art. 28.1.*c*) Ley 62/2003 y art. 4.2.*c*) ET]. La aplicación de la norma, cláusula, pacto o decisión conduce, pues, a un resultado indirectamente discriminatorio, aunque no se haya producido ninguna vulneración frontal de la legalidad.

El mantenimiento o la adopción de medidas de acción positiva específicas a favor de ciertos colectivos ante dichas discriminaciones, busca prevenir o compensar las desventajas que les afecten, entre otros aspectos, en el acceso al empleo, asalariado o autónomo, en las condiciones de trabajo y en la formación profesional (art. 35 Ley 62/2003), eliminando las desigualdades de hecho provocadas por la situación discriminatoria, con frecuencia encubierta o indirecta.

La constitucionalidad de la adopción de estas medidas por los poderes públicos ha sido establecida por el TC, señalando que su actuación «para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales… colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas» (STC 128/1987). En este sentido, debe recordarse que el principio general de igualdad (art. 14 CE) se configura como un derecho subjetivo fundamental a obtener un trato igual (SSTC 49/1982 y 200/2001), a fin de alcanzar y mantener la igual dignidad de los seres humanos. A su vez, este derecho se bifurca en una doble faceta. Por un lado, implica igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, eliminando a este propósito toda arbitrariedad o desproporción en este terreno. Por otro, significa parificación y uniformidad de trato con la finalidad de atajar los resultados discriminatorios que derivan de la formal aplicación de las normas jurídicas. Para lograr el objetivo propio de esta segunda faceta se instrumentan específicamente las acciones positivas.

En todo caso, es preciso subrayar que la «naturaleza de norma de sistema», propia del artículo 14 CE, la dota de «una doble propiedad: una inconfundible vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia y una indiscutible finalidad de salir al paso de un inaceptable legado, derivado de factores de muy diversa índole»; lo que explica que «los derechos vinculados a la proscripción de toda manifestación discriminatoria rebasan y sobrepasan la mera atribución subjetiva del derecho mismo» (STC 173/2013, voto particular).

En materia de empleo, las medidas de acción positiva se centran de manera especial en las personas discapacitadas y en las mujeres, al tratarse de colectivos que sufren tradicionalmente con mayor intensidad prácticas discriminatorias en el terreno laboral, aunque no sólo en éste como es bien sabido. Las primeras cuentan con tres medidas principales al respecto: la reserva de empleo, la preferencia en el empleo y la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad. Respecto de las mujeres destacan dos medidas: las de reserva y las de preferencias en el empleo, reguladas en el empleo privado y en el público.

1. Personas discapacitadas

A) Reserva de empleo

Como ya se apuntó [Capítulo 4, II, 2, A)], una de las formas específicas de garantizar el derecho al trabajo de las personas discapacitadas se pretende alcanzar mediante la fijación de la denominada cuota de reserva, que han de aplicar las empresas, públicas o privadas cuando empleen a cincuenta o más trabajadores, de manera que, como mínimo, un 2 por 100 de su plantilla total se cubra con trabajadores discapacitados (art. 42.1 LEGEDIS). En el empleo privado la libertad de elección por parte del empresario del trabajador discapacitado que reúna las condiciones objetivamente exigidas para ocupar el puesto de trabajo en virtud de la aplicación de dicha cuota, queda legalmente garantizada (art. 17.2 ET).

En el empleo público, el dintel de la reserva se sitúa inicialmente en un mínimo no inferior al 7 por 100 de las vacantes, si bien la exigencia de mérito y capacidad para acceder a este sector de la actividad laboral (art. 55.1 EBEP), implica que las personas discapacitadas han de superar los correspondientes procesos selectivos, acreditar su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de forma que gradualmente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales en cada Administración Pública (art. 59.1 EBEP). Con anterioridad al EBEP, la legitimidad de la cuota de reserva a favor de las personas discapacitadas en el empleo público había sido ya afirmada por la doctrina constitucional, al tratarse de una medida que pretende promocionar su difícil inserción profesional, haciendo posible y efectiva la igualdad sin restringir indebidamente el derecho de quienes deseen acceder por el turno libre al empleo público, ni exceptuar «a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales» (STC 269/1994).

No obstante, a las empresas públicas y privadas (esto es, las sujetas al ordenamiento laboral) la norma les ofrece, con carácter excepcional, la posibilidad de que puedan quedar exentas de esta obligación de reserva, total o parcialmente, acogiéndose a las que denomina de modo erróneo «medidas alternativas» (art. 42.1 LEGEDIS). El error deriva de que la empresa no tiene en realidad libertad de elección entre distintas prestaciones (art. 1.131 CC), pues la cuota de reserva es preferente y las antedichas medidas son de orden excepcional, de forma que la empresa debe justificar su opción por alguna de ellas y solicitarlo previamente al SPE que, en su caso, formulará la declaración de excepcionalidad, necesaria para poder adoptar la medida en cuestión (arts. 3 y 6 RD 364/2005). Estas limitaciones son inexistentes en las obligaciones alternativas, como también lo son en las facultativas.

Ante algunas circunstancias que dificultan objetivamente el cumplimiento de la cuota de reserva, las medidas excepcionales que las empresas pueden adoptar, una vez autorizadas para ello, sustituyen esa obligación por otras que pretenden satisfacer también el interés del deudor, es decir, de la persona discapacitada. Tales medidas a las que la empresa puede acogerse le permiten (art. 2 RD 364/2005):

a) Celebrar con un centro especial de empleo o con un autónomo discapacitado un contrato mercantil o civil de colaboración para el suministro de bienes relativos ya sea al normal desarrollo de la actividad de la empresa, ya sea para la prestación de servicios ajenos a la misma. El importe anual de dichos contratos habrá de ser, al menos, tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

b) Realizar donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, a favor de fundaciones o de asociaciones de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad. El importe de la aportación ha de ascender, como mínimo, a 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

c) Constituir un enclave laboral, mediante la suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo para la realización de obras y servicios que correspondan a la actividad normal de la empresa por trabajadores discapacitados. El importe del referido contrato se cifra la misma cuantía mínima señalada en el anterior apartado *a*).

Para adoptar excepcionalmente alguna o algunas de dichas medidas, la empresa puede utilizar dos vías. En primer lugar, puede pactarlas en los acuerdos interprofesionales, convenios colectivos o acuerdos sobre materias concretas de ámbito estatal o, de forma subsidiaria, de ámbito inferior. En segundo término, «por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral», por los motivos establecidos en la norma reglamentaria aplicable (arts. 42.1 LEGEDIS y 1.1 RD 364/2005); opción que en este caso tiene un evidente carácter unilateral. Adviértase que la voluntariedad de la decisión es

condición necesaria pero no suficiente para su validez, ya que aquélla debe fundarse en motivos tasados y posteriormente valorados por el SPE competente.

La dicción de la norma en este extremo arroja alguna incertidumbre sobre la exigencia de que dichos motivos estén también expresamente incorporados a los instrumentos negociales que pueden utilizarse para incorporar las medidas de referencia. Sin embargo, no es dudoso que tales motivos han de recogerse también en esos instrumentos, por dos razones. Primero porque el carácter excepcional de las medidas opcionales se establece para cualquiera de las vías que las incorporen. Segundo, toda vez que dicha incorporación es precisa a fin de verificar la regularidad de dichos motivos por la autoridad laboral, cuyas funciones de registro y depósito del instrumento negocial tienen por objeto controlar su legalidad y su posible lesividad respecto de terceros, estando facultada, en su caso, para impugnarlo ante la jurisdicción social (arts. 90.5 ET y 163.1 LJS).

Los motivos tasados que justifican la excepcionalidad en la adopción de la medida opcional son de dos tipos en función de su origen: externos e internos a la empresa (art. 1.2 RD 364/2005).

Los de índole externa derivan de la imposibilidad de que los SPE o las agencias de colocación puedan atender la oferta de empleo presentada para cubrir la cuota de reserva, una vez que la intermediación necesaria no haya dado sus frutos, ya sea por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación ofertada, ya sea porque, aunque existan, acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo contenidas en dicha oferta.

Los motivos internos se identifican con la acreditada existencia por la empresa de «cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico» que determinen la especial dificultad para incorporar trabajadores discapacitados a la plantilla de la empresa. A efectos de acreditación, el SPE puede exigir que se aporten certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida solvencia, distintas de la empresa solicitante.

B) Preferencia en el empleo

Con amparo genérico en el artículo 17.2 ET, el ordenamiento establece preferencias en el empleo para ser contratado libremente, al margen por tanto de los estímulos a la contratación, que, como se ha visto, no pueden conceptuarse como medida de acción positiva sino como mecanismos de reducción de los costes laborales (*supra* I, 1 y 2). Entre tales preferencias deben destacarse las que derivan de determinadas situaciones de incapacidad del trabajador.

Dejando ahora al margen otros aspectos de dichas situaciones relacionados con la movilidad funcional en los que no se establece estrictamente preferencias en el empleo [Capítulo 12, III, 1, C)], mediante esta técnica se pretende alcanzar la integración laboral del trabajador discapacitado, facilitando su vuelta al trabajo bien con plena aptitud para desarrollarlo, bien con aptitud reducida. En ambos casos se trata de conseguir que la integración laboral de los discapacitados se realice prioritariamente a través del régimen ordinario de trabajo mediante su incorporación ya sea a los Centros Especiales de Empleo (art. 43.1 LEGEDIS), ya sea a otras entidades empresariales, sin tener que recurrir a los enclaves laborales como fórmula transitoria de acceso a aquel régimen ordinario (art. 46 LEGEDIS).

En el primer supuesto se encuentra el trabajador que, habiendo cesado en el desempeño de sus servicios a la empresa por tener reconocida una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional, haya recobrado su plena capacidad laboral. En tal caso, el trabajador tiene preferencia absoluta para ser readmitido en la última empresa en que desempeñó sus servicios y en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional (art. 2.1 RD 1.451/1983, de 11 de mayo). Téngase en cuenta que esta referencia a la categoría profesional es transitoria, al haber sido suprimida la misma por la LEMURMEL y concederse un año de plazo a los convenios colectivos vigentes a partir del 12 de febrero de 2012 para que adapten su sistema de clasificación profesional a dicha modificación normativa (Disp. Adic. 9.ª LEMURMEL).

El segundo supuesto parte de la misma situación de incapacidad permanente total o absoluta, con la diferencia de que aquí, pese a las prestaciones profesionales recibidas, el trabajador queda afectado aún por una incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que es la que ocasiona una disminución no inferior al 33 por 100 en el rendimiento normal para dicha profesión, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma (art. 137.3 LGSS en la versión anterior, aún vigente, a su modificación mediante Ley 24/1997, de 15 de julio). Se brinda también en este supuesto específica protección al empleo del trabajador, reconociéndole igual preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que llevó a cabo su actividad laboral y en la primera vacante que se produzca. La preferencia está aquí modulada por el tipo de incapacidad, ya que la vacante no ha de ser necesariamente la de su categoría o grupo profesional (con la precisión antes señalada para las categorías profesionales), sino la que la «que resulte adecuada a su capacidad laboral» (art. 2.2 RD 1.451/1983), entendida aquí como aptitud profesional.

Aunque en ambos supuestos el trabajador es titular de sendos derechos de preferencia en el empleo, la norma cree conveniente «incentivar» el cumplimiento de las correspondientes obligaciones del empleador reconociendo que las readmisiones efectuadas darán derecho a reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social por contingencias comunes durante un período de dos años (art. 2.3 RD 1.451/1983). La reducción del coste laboral está aquí al servicio de la preferencia en el empleo.

C) *Adaptación del puesto de trabajo y accesibilidad*

a) Empleo privado

Como medida de acción positiva encaminada al logro de la plena igualdad en el trabajo, la Ley 62/2003 incorporó, y específica normativa aplicable mantiene (art. 40.2 LEGEDIS), la obligación empresarial de adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades que en cada caso existan, con la finalidad de permitir a las personas con discapacidad el acceso al empleo, así como el desempeño de su trabajo, la progresión profesional y el acceso a la formación. Al incluirse el acceso al empleo entre estas finalidades, el cumplimiento de esta medida igualatoria de índole cualitativa puede repercutir positivamente en la vertiente cuantitativa del empleo, tanto en su creación como en su mantenimiento.

Dicha obligación no es, sin embargo, absoluta. Se exceptúa de su cumplimiento el supuesto de que las medidas de referencia impliquen «una carga excesiva para el empresario» (art. 40.2 LEGEDIS). La norma pretende acotar este concepto jurídico indeterminado señalando los criterios que deben tenerse en cuenta para su delimitación:

- La atenuación en grado suficiente que para dicha carga puedan suponer las medidas, ayudas o subvenciones públicas para las personas con discapacidad.
- Los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen.
- El tamaño y el volumen total de negocios de la organización o empresa.

Estos criterios atribuyen una amplia discrecionalidad al control que ha de realizar a este respecto la Administración Laboral dada su vagarosa formulación, lo que puede dificultar el debido cumplimiento de esta obligación empresarial, cuya relevancia práctica es indiscutible desde la óptica laboral, teniendo en cuenta que el objetivo esencial de la política de empleo en relación con los trabajadores discapacitados es lograr su integración en el sistema ordinario de trabajo (art. 37.1 LEGEDIS). La reducción significativa de aquella discrecionalidad exigiría, por tanto, un desarrollo reglamentario pormenorizado de los criterios determinantes de la carga excesiva que faculta al empresario para incumplir esa obligación y de los supuestos en que, pese a haberse acreditado por éste la justificación exigida para apreciar dicha carga, sigue siendo objetivamente necesaria la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, fin de preveer, en este caso, las actuaciones de apoyo a la empresa por parte de la Adminitración Pública competente que

palíen la excesiva onerosidad (por ejemplo, ayudas económicas o de carácter técnico). Todo ello, sin perjuicio de que deba aplicarse con carácter preferente, teniendo en cuenta su índole de ley especial, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (capítulo 9, II, 2, D).

b) Empleo público

En este ámbito se establece una doble obligación para las Administraciones Públicas (art. 59.2 EBEP). De un lado, la obligación de realizar las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo. De otro, la de llevar a cabo adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. Estas adaptaciones están también sujetas a amplios plazos de ejecución por la vía de la aplicación supletoria de la Ley 51/2003 hasta tanto no se dicten las específicas disposiciones que permitan reducirlos. Cuando se trate de bienes y servicios nuevos de titularidad pública, el plazo para cumplir las citadas condiciones básicas de accesibilidad se fija entre los cinco y siete años desde la entrada en vigor de dicha norma (el 18-3-2003), excepto en el supuesto de bienes y servicios nuevos de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones Públicas, en cuyo caso dicho plazo se amplía de siete a nueve años. Si los bienes y servicios de titularidad pública o de titularidad privada que conciertan o suministren las Administraciones Públicas ya existen, el plazo se sitúa entre los doce y catorce años a contar desde la misma fecha indicada y siempre que, también en este ámbito, tales bienes y servicios sean susceptibles de ajustes razonables [Disp. Final 6.ª1.*b*) Ley 51/2003].

2. Mujeres

La pendular evolución del sistema sociopolítico contemporáneo español tiene su reflejo de forma muy acentuada en materia de empleo de la mujer. Hasta la Constitución republicana de 1931 la mujer no recibe en nuestro ordenamiento un trato tendencialmente igualitario respecto del hombre en materia de empleo. En esa norma se establece el mandato de regular «el trabajo de las mujeres» (art. 46), disciplina que no podía desconocer la prohibición de que el sexo pudiera constituir fundamento de privilegio jurídico (art. 25). En este sentido, una norma reglamentaria clarificará que «El principio general es el de igualdad de labores y de retribución para hombres y mujeres…» excepto las normas de protección específica del trabajo femenino (Orden de 11-12-1933), aunque algunas reglas matizaban esa igualdad, por ejemplo, la afirmatoria de la validez del pago del salario hecho a la mujer casada si no constara la oposición del marido ante el Juez municipal, «quien después de oír a la mujer y en vista de las pruebas practicadas, la autorizará o no a percibir, por sí, el salario y para invertirlo en las necesidades del hogar» (art. 51 LCT-1931). Esta posición globalmente favorable al trato igualitario de las mujeres en el ámbito del empleo, bien que no de forma plena, se revierte con la dictadura franquista, que, en el Fuero del Trabajo de 1938, pese a reconocer a todos los españoles el derecho al trabajo (Declaración I, 8), introduce seguidamente un trato desigual por razón de sexo, en el sentido de que el Estado «En especial… libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica» (Declaración II, 1). La vigente CE abrirá una nueva fase igualitaria para el trabajo de la mujer, propiciando la adopción de medidas positivas en orden a fomentar su empleo.

Las acciones positivas en favor de las mujeres en relación con el empleo y la ocupación (es decir, una vez empleadas) constituyen una de las principales medidas de tutela antidiscriminatoria, cuyo fundamento normativo externo reposa tanto en la norma internacional (art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), como en la comunitaria (arts. 8 y 10 TFUE y 1 y 3 Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio). En el ámbito del trabajo femenino, la finalidad de estas acciones es hacer frente al ancestral sometimiento de la mujer como consecuencia de la asunción de valores y pautas de comportamiento sexistas, reveladores de una conducta, en especial masculina, prepotente, insidiosa o belicosa que suele desembocar en conductas no sólo discriminatorias, sino de violencia física o psíquica, que, extendida a los ámbitos personal y familiar, suelen tener efectos

lesivos y/o letales para la integridad física y moral de la mujer. Desde este contexto, la discriminación por razón de sexo actúa «como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica» (STC 145/1991), ubicado de forma exclusiva en sus tradicionales cometidos en la familia y en la sociedad, bajo un confinamiento del que difícilmente logra zafarse, aunque cada vez con mayor frecuencia se compatibilicen esas tareas con la actividad laboral.

La adopción por parte de los poderes públicos de medidas de acción positiva protectoras del trabajo de la mujer no contraría el principio general de igualdad, aunque su legalidad está sujeta a ciertos requisitos: corrección de situaciones patentes de desigualdad respecto de los hombres, medidas encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer, carácter temporal de las mismas (por lo que deben estar sometidas a revisión periódica), razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. La admisibilidad de estas medidas y la exigencia de condicionantes en su adopción tienen pleno respaldo en la doctrina constitucional (SSTC 128/1987 y 216/1991), en la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 17-10-1995 y 11-11-1997) y en nuestra legislación interna, constitucional (art. 9.2 CE) y ordinaria (art. 11.1 LOI).

Sobre los poderes públicos recae el deber normativo de adoptar medidas de acción positiva que compensen y corrijan las desigualdades de hecho, que el colectivo de las mujeres no tiene la obligación de soportar, por exigirlo así no sólo la norma legal, sino la constitucional que instaura el principio de igualdad sustancial en el artículo 9.2 (STC 216/1991). Junto al mandato dirigido a dichos poderes, las personas físicas o jurídicas privadas cuentan con habilitación legal para adoptar dichas medidas conforme a la LOI (art. 11.2), tratándose aquí tan sólo de una facultad, a fin de no colidir con la libertad de empresa, si bien tal colisión no siempre ha de producirse, como lo prueba la declarada constitucionalidad de la reserva de cuota en el empleo a favor de las personas discapacitadas.

Aunque el espectro de las medidas de acción positiva abarca otras materias relacionadas con el empleo (con especial intensidad en la segregación ocupacional, contractual y sectorial, así como en las retribuciones), aquí se examinan únicamente las medidas de esa índole que procuran garantizar el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y en la promoción profesional, dada la más directa vinculación de estas últimas con el fomento cuantitativo del empleo y con el hecho de que la discriminación laboral de la mujer se inicia en el acceso al empleo y su erradicación ha de partir de esta fase inicial.

El acceso al empleo y la promoción profesional, en cuanto materias con repercusión en el fomento cuantitativo del empleo de las mujeres, son objeto de tratamiento en el empleo privado y en el empleo público, contemplándose a este propósito medidas de reserva y medidas de preferencia.

A) Empleo privado

a) Tratamiento legislativo

La posición de la norma legal ante las medidas de acción positiva, presenta determinadas características en el empleo privado:

1.ª *Facultad reguladora gubernamental.* En un primer momento, la ley se decanta por apoderar al Gobierno central para que pueda adoptar, con carácter general, medidas de reserva, duración y preferencia a fin de facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Esta habilitación, que afecta desde luego a las mujeres, no se utiliza por el legislador para articular medidas de acción positiva, centrándose en el estímulo económico de la contratación de dicho colectivo en el marco de los programas estatales de fomento cuantitativo del empleo (art. 17.3 ET).

2.ª *Deber normativo de los poderes públicos*. En una segunda fase, la norma legal adopta un criterio más incisivo encomendando a los poderes públicos que adopten medidas específicas de acción positiva en favor de las mujeres, razonables y proporcionadas, que presentan un amplio alcance material y social (edu-

cación, salud, creación artística e intelectual, trabajo...), a fin de «corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres» (art. 11 LOI). Este mandato a los poderes públicos se configura como un marco legal genérico, necesario pero falto de los correspondientes desarrollos que concreten las medidas a adoptar, su alcance, procedimiento y contenido.

3.ª *Ausencia de desarrollo legal y habilitación a la negociación colectiva* (arts. 17.4 ET y 43 LOI). Pese a la admisión legal de las acciones positivas y su respaldo en la doctrina constitucional, en la esfera del empleo privado el legislador opta por la vía de la negociación colectiva para el cumplimiento de este deber, renunciando a la fijación de ciertas medidas en dicho ámbito que, en cuanto mínimos legales, tendrían mayor impacto, al ser de aplicación general y servir al tiempo de acicate para los instrumentos negociales colectivos en esta materia.

b) Tratamiento convencional

Con anterioridad a su habilitación por la LOI, el poder negocial colectivo ya estaba facultado para articular medidas de acción positiva desde el amplio espacio regulador que el mismo tiene constitucionalmente atribuido en el sistema constitucional de relaciones de trabajo (art. 37.1 CE y Capítulo 19, III, 3). Amplitud de contenido que le permite abordar, entre otras materias, las que afecten a la regulación de los derechos fundamentales, con sumisión, en este caso, a lo dispuesto en la ley, puesto que «del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales» (SSTC 58/1985 y 95/1985).

Las aportaciones de la ley a la negociación colectiva en este terreno inciden en ciertos aspectos de relieve, pudiendo señalarse aquí tres principales.

1.ª La primera reposa sobre el establecimiento del deber de negociar en todo caso en los convenios colectivos «medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres» (art. 85.1 ET).

2.ª La segunda consiste en la determinación por la normal legal, siguiendo así la doctrina del TC, del requisito de la «igualdad de condiciones de idoneidad» que en todo caso ha de respetar la negociación colectiva en la regulación de las reservas y preferencias a favor de las mujeres en las condiciones de contratación, de forma que las personas del sexo menos representado —que suelen pertenecer a ese colectivo— tengan preferencia para ser contratadas o para favorecer su acceso al grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate (art. 17.4 ET).

3.ª La tercera aportación legal se refiere al deber de negociar planes de igualdad en determinadas empresas (arts. 45 y 46 LOI y 85.2 ET). Este deber es alternativo respecto del más genérico antes citado de negociar medidas promotoras de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, en el sentido de que este último es siempre exigible excepto para las empresas que legalmente tengan el deber de negociar de modo específico planes de igualdad.

Los planes de igualdad se definen como «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo» (art. 46.1 LOI).

Los mencionados planes han de incluir un contenido mínimo: objetivos a alcanzar, estrategias a adoptar para su logro y sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos (art. 46.1 LOI).

No existe, sin embargo, un catálogo mínimo de medidas a adoptar en los planes, dejando la ley este aspecto a la decisión de los sujetos negociadores y enumerando únicamente, a título ejemplar, algunas de las posibles, entre las que se citan el acceso al empleo y la promoción profesional (art. 46.2 LOI). Ello resulta coherente con la libertad negocial constitucionalmente reconocida a los sujetos negociadores (art. 37.1 CE).

La elaboración y aplicación de estos planes es obligatoria en algunos supuestos para el empresario, estableciéndose, asimismo, el deber de negociarlos previamente con los representantes de los trabajadores, de forma que se instaura un nuevo deber específico de negociar, que podrá ampliar o no el contenido del convenio colectivo al quedar a salvo la libertad constitucional de negociación con el objetivo de alcanzar o no un acuerdo al respecto. La falta de acuerdo no exime al empresario de su obligación de elaborar y aplicar dichos planes en los siguientes supuestos:

1.º Empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

2.º Empresas de menos de doscientos cincuenta trabajadores en el supuesto de que el convenio colectivo aplicable así lo establezca y en los términos en que el mismo lo prevea.

3.º Empresas respecto de las que la autoridad laboral acuerde sustituir, en un procedimiento sancionador, las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

En los supuestos no incluidos en los anteriores apartados, la elaboración y aplicación de los planes tiene carácter voluntario para las empresas, si bien es obligatorio que, en caso de que decidan adoptarlos, los sometan a previa consulta de la representación legal de los trabajadores.

El impulso legal a los planes de igualdad colectiva en favor de las mujeres a través de la negociación resulta insuficiente. Las reglas de la LOI a este propósito dejan fuera de la obligación legal a la mayor parte de las empresas, puesto que la exigencia de elaborar y aplicar los planes queda en manos de los sujetos negociadores en la mayor parte de los supuestos, teniendo una reducida incidencia la obligación que recae a estos efectos sobre las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, habida cuenta del tipo de tejido empresarial español, compuesto mayoritariamente por medianas y pequeñas empresas. No ha de extrañar, por ello, que pueda constatarse el escaso eco en la negociación colectiva de las medidas de acción positiva favorables a la mujer.

B) Empleo público

a) Tratamiento legal

A diferencia del empleo privado, en el de carácter público la ley resulta algo más incisiva en la regulación directa de acciones positivas a favor de la mujer en el ámbito de la Administración General del Estado, si bien son escasas las previsiones legales destinadas a regular esta materia de forma específica.

Dichas previsiones parten de dos reglas generales. Una primera supone el reconocimiento a los empleaos públicos (funcionarios, personal laboral y personal eventual) del derecho individual a la no discriminación, entre otras razones, por la que afecta al sexo [art. 14.*i*) EBEP]. La segunda establece para todas las Administraciones Públicas el deber de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, así como el deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres (Disp. Adic. 8.ª1 EBEP).

Con una mayor especificación se instrumentan reglas relativas al acceso al empleo y a la promoción profesional. En lo tocante al acceso al empleo público, en la composición de los órganos de selección, sin perjuicio de los principios de imparcialidad y profesionalidad, se ha de tender a la paridad entre la mujer y el hombre (art. 60.1 EBEP) en la línea de garantizar el principio de igualdad de trato en esa decisiva fase, aunque, conforme a su tenor, la prescripción no es inmediata, sino que implica un proceso de gradual aproximación de la paridad en este extremo.

En relación con la promoción profesional se establecen dos previsiones. La primera afecta indirectamente a esta materia, en el doble sentido de facilitar dicha promoción y de afectar principalmente a la mujer. Se concreta en la preferencia para participar en los cursos de formación de las personas que se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o de parternidad o que hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad (art. 60.1 LOI).

La segunda previsión pretende facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes, mediante la cuota de reserva a aquéllas de un 40 por 100 de las plazas en las convocatorias de cursos de formación, siempre que reúnan los requisitos que la norma exija (art. 60.2 LOI).

b) Tratamiento convencional

Al margen de los otros instrumentos semejantes adoptados por algunas CCAA, en el ámbito de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes el Gobierno debe aprobar, al inicio de cada legislatura, un plan para la igualdad entre mujeres y hombres. Dicho Plan ha de dotarse de un contenido mínimo, estableciendo los objetivos en materia de igualdad de trato y oportunidades y las estrategias o medidas a adoptar para alcanzarlos. Se establece también el deber de negociarlo con la representación legal de los funcionarios, en la forma en que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración pública, debiéndose evaluar su cumplimiento con carácter anual por el Consejo de Ministros (art. 64 LOI).

Se obtenga o no dicho acuerdo, el plan aprobado ha de ser objeto de desarrollo por el correspondiente convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que resulte aplicable, en los términos previstos en dicho instrumento negocial (Disp. Adic. 8.ª1 EBEP). La mención al convenio colectivo debe entenderse referida al personal laboral que presta sus servicios en las Administraciones Públicas.

El I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (Resolución de 20-5-2011, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-1-2011 por el que se aprueba dicho Plan) ha tenido una lenta gestación, como se advierte sin esfuerzo por la fecha de su aprobación. Este plan, objeto de previa negociación con los representantes del personal, contiene distintas actuaciones respecto de las acciones positivas a favor de las mujeres, tales como garantizar el mantenimiento de la paridad en los órganos de selección del personal, promover la participación de la mujer en los cursos específicos para acceder a puestos de responsabilidad o reducir las diferencias numéricas entre hombres y mujeres que disfrutan de derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar [puntos 6, 2, *a*), 6, 4 y 6.5)]. Los logros que dicho Plan ha alcanzado han sido escasos hasta el presente. Se han centrado, sobre todo, en una fase previa de acopio y análisis de datos que mejoran el conocimiento de la situación actual de mujeres y hombres en dicha Administración respecto de materias como el acceso, la formación o el disfrute de permisos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pero ese análisis ha permitido afirmar «la desigual ejecución de las acciones previstas» en el mismo, así como la imposibilidad de «revisar su desarrollo, ajustar las desviaciones y dar respuesta a los obstáculos encontrados», habida cuenta del tardío establecimiento de un «sistema de coordinación, seguimiento y evaluación» del Plan y de la inaplicación «de los criterios de evaluación anual» del mismo (punto 5, conclusiones, del Informe Ejecutivo sobre el seguimiento realizado a dicho Plan, elaborado por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas con fecha 2-12-2013)

III. REPARTO DEL TRABAJO

La medida de reparto del trabajo procura lograr una distribución de la oferta de trabajo disponible de forma racional y equilibrada entre la población activa, estableciendo ciertos límites a este respecto. Su incidencia efectiva en la distribución del trabajo es desigual en función de la técnica que se considere y, aún así, resulta controvertida su eficacia para obtener el fin distributivo que mediante la misma se persigue. Dicha medida se sirve de una doble técnica. De un lado, una técnica limitadora del tiempo de trabajo y, de otro, una técnica limitadora del ciclo laboral activo. Cada una de ellas se articula en distintas manifestaciones, en función de las finalidades específicas perseguidas.

1. Técnica limitadora del tiempo de trabajo

Esta técnica actúa restringiendo el tiempo de trabajo prestado con la finalidad de evitar el monopolio de la prestación laboral por una parte de la población activa en detrimento de otra parte desempleada. Las principales manifestaciones de esta técnica, utilizadas con dicho objetivo afectan a las materias del pluriempleo, a las horas extraordinarias y a la reducción del tiempo de trabajo.

a) Pluriempleo. En el sector privado la libertad de trabajo (art. 35.1 CE) permite la prestación de servicios de forma simultánea a distintos empleadores, sin que exista una prohibición general a este respecto. Tal simultaneidad es posible siempre que en el contrato de trabajo no se haya formalizado pacto de plena dedicación, que las diversas prestaciones no se solapen y que se respeten los descansos establecidos para la actividad laboral. Observando estos condicionantes, nada impide, aunque no sea frecuente, que en los convenios colectivos se incorporen cláusulas prohibitivas del pluriempleo para las empresas que los suscriben como medida favorecedora del reparto del trabajo. Ejemplo de este tipo de cláusulas lo proporcionan aquellas en cuya virtud la empresa adquiere el compromiso de no contratar a trabajadores que dispongan de otra ocupación asalariada y a jornada completa. Estas cláusulas pretenden contribuir indirectamente a la creación de empleo, dificultando su acumulación en personas que ya disponen del mismo, e incentivando la contratación de desempleados o de empleados a tiempo parcial.

Distinta es la situación del pluriempleo en el sector público. El criterio básico reposa aquí sobre una regla general prohibitiva, merced a la cual se establece por ley un régimen de incompatibilidades que impide al personal que presta servicios en dicho sector simultanear más de un puesto de trabajo, salvo excepciones determinadas, tales como las relativas a ciertos supuestos de funciones docentes y sanitarias o de ciertos cargos electivos (arts. 3 a 6 Ley 53/1984, de 26 de diciembre). El fundamento principal de este régimen apunta a razones de eticidad y eficacia en la prestación de los servicios públicos. Pero aunque no sea una finalidad buscada, de modo reflejo la prohibición actúa asimismo como medida de reparto del trabajo.

b) Horas extraordinarias. Las horas que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo son consideradas como extraordinarias (art. 35.1 ET). Aunque su estudio se aborda en el lugar correspondiente [Capítulo 10, I, 3, C)], en cuanto aquí interesa debe señalarse que para evitar o disminuir su realización se utilizan tanto reglas disuasorias como prohibitivas.

Las reglas disuasorias cuentan con dos expresiones señaladas. De un lado, el establecimiento normativo general de una cotización adicional a la Seguridad Social por dichas horas a cargo del empleador y del trabajador (la de aquél superior a la de éste), de modo que el tiempo de trabajo que supere la jornada ordinaria resulta más oneroso. Por otra parte, la realización de dichas horas incide negativamente en la protección social del trabajador, ya que la retribución de las horas extraordinarias no es computable legalmente a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social.

Las reglas prohibitivas tienen menor extensión subjetiva porque su efectividad depende de la voluntad de las partes en la negociación colectiva. Se articulan en los convenios o acuerdos colectivos mediante cláusulas que establecen la reducción de las horas extraordinarias estructurales (las que obedecen, por ejemplo, a períodos punta de producción a ausencias imprevistas…), y su sustitución por las distintas modalidades de contratos de trabajo. Las cláusulas que plasman esta técnica son escasas, habida cuenta de la común reticencia de las partes negociadoras a incorporar criterios distributivos del trabajo por esta vía. Por la parte empresarial porque se considera más onerosa la nueva contratación que el abono de las horas extraordinarias. Por la parte trabajadora en razón de priorizar el incremento del salario que comporta su realización.

c) Reducción del tiempo de trabajo. Al margen de otras finalidades relacionadas con la conciliación de la vida personal y familiar y con el incremento de la productividad, desde el ángulo del empleo la reducción de la jornada ordinaria de trabajo se acomete con el objetivo de que la fijación de un menor número de horas ordinarias de trabajo pueda contribuir al incremento de las posibilidades de empleo de la población activa desocupada. Tal reducción se canaliza mediante ley o a través de la negociación colectiva. El uso de

la norma legal para reducir aquella jornada, fijando paralelamente la máxima ordinaria, es una constante del intervencionismo estatal en la relación del trabajo asalariado desde el nacimiento de la legislación obrera (Capítulo 10, I, 1). Por su parte, la negociación colectiva, está facultada para establecer jornadas máximas convencionales, que suponen un menor número de horas de trabajo respeto de la fijada por ley, reduciéndose de este modo la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET).

No obstante, la incidencia de esta manifestación reductora de la jornada laboral en el reparto del trabajo es muy limitada, porque el descenso de la productividad que la misma puede comportar —aunque ello no siempre sea así— es compensada por el empresario introduciendo nuevas tecnologías y nuevos modos de producción como vía preferente a la contratación de trabajadores.

2. Técnica limitadora del ciclo laboral activo

Esta segunda técnica se dirige a redefinir el perfil de la vida laboral activa, incidiendo con ello en las posibilidades de empleo de quienes carecen de él. Las manifestaciones básicas utilizadas por dicha técnica se refieren al acceso al empleo, a la reducción del tiempo de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

A) Acceso al empleo

En el acceso al empleo la técnica opera elevando la edad mínima de admisión al trabajo, tarea que únicamente puede acometer la ley. Por ejemplo, la LRL elevó dicha edad a los dieciséis años (art. 6.1), umbral vigente que sustituyó al anterior que la LCT había fijado en catorce años. De este modo, retrasando la edad mínima de admisión al trabajo, no sólo se logra atender más adecuadamente el período de educación básica obligatoria de los jóvenes, sino que se reduce su tasa de desempleo y se procura aumentar las posibilidades de empleo entre los que forman parte de la población activa desocupada.

B) Reducción del tiempo de trabajo

En lo tocante a la reducción del tiempo de trabajo, la técnica actúa incidiendo en la edad de jubilación ordinaria.

Dejando al margen la extinción anticipada del contrato debida al tipo de actividad laboral desarrollada (por ejemplo, estibadores portuarios o mineros), que no tiene por finalidad el reparto del trabajo, la vía legal se articula mediante el CTJP, que contribuye al reparto del trabajo en dos supuestos, ya estudiados [Capítulo 6, I, 3, B)]. De un lado, cuando este contrato se formaliza con un trabajador que, antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación y reuniendo los requisitos legalmente exigidos, reduce su jornada y salario en los porcentajes legalmente fijados, la empresa ha de formalizar obligatoriamente un CTR con un trabajador desempleado o que ya tenga concertado con la misma un contrato de duración determinada. De otro, cuando el trabajador, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, acuerda con la empresa formalizar un CTJP, con reducción de jornada y salario y demás condicionantes legales, ésta puede —en este caso es voluntario— formalizar un CTR.

C) Extinción del contrato de trabajo

En el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, la técnica limitadora que se examina se encauzaba a través de dos vías, posteriormente canceladas merced a una opción legislativa favorable al alargamiento del ciclo laboral activo.

a) Jubilación forzosa. En los convenios colectivos era posible pactar cláusulas sobre jubilación forzosa como técnica al servicio del reparto del empleo (Disp. Adic. 10.ª ET). Estas cláusulas actuaban en el

supuesto de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y de reconocimiento de la correspondiente pensión contributiva (art. 160 LGSS). Para ello, el trabajador debía tener cubierto el período mínimo de cotización que le permitiera aplicar el porcentaje del 80 por 100 a la base reguladora para calcular la cuantía de dicha pensión, debiendo cumplir, asimismo, los restantes requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para acceder a la misma. En tal caso, la adopción de esta cláusula había de vincularse «a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo». Recogía así aquel precepto estatutario una jurisprudencia obsequiosa con la flexibilidad adaptativa pro empleador, al entender que dicha jubilación no había de vincularse necesariamente a la creación de empleo, sino que bastaba, bien con mantener el existente (haciendo uso del poder organizativo empresarial, por ejemplo mediante la movilidad funcional), bien con que se coadyuvase mediante este cauce extintivo a superar las situaciones adversas por las que atravesaran las empresas, sin que, por consiguiente, fuera necesario cubrir los puestos de trabajo de los trabajadores jubilados con otros trabajadores desempleados (SSTS 28-2-1990, 14-7-2000 y 24-1-2003), con el límite de rechazar el uso desviado de esta clase de jubilación cuando se pretendía únicamente amortizar el puesto de trabajo (STS 9-3-2004). Jurisprudencia que, posteriormente, la doctrina constitucional vino a confirmar (SSTC 280/2006 y 341/2006).

La mencionada opción legislativa, retomando en parte un criterio anterior, suprime esta posibilidad de jubilación forzosa, estableciendo la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas (Disp. Adic. 10.ª ET conforme con la Disp. Final 4.2 LEMURMEL).

La doctrina constitucional ha rechazado que dicha opción legislativa vulnere determinados preceptos de la CE, en concreto:

- Los artículos 37.1 y 28.1 CE "(i) porque correspondiendo prioritariamente a la Ley la fijación de los límites al ejercicio del derecho al trabajo, ningún reproche se le puede hacer porque el legislador adopte medidas que atiendan preferentemente a la garantía del ejercicio de este derecho, desde la perspectiva de la continuidad o estabilidad en el empleo; (ii) porque la medida adoptada se dirige también a garantizar que la transición a la situación de retiro se efectúe voluntariamente por el trabajador en el ejercicio de su derecho al trabajo y de su opción individual por prolongar una vida laboral activa o pasar a una situación de inactividad total o parcial, y (iii) porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta la medida controvertida, caracterizado por una situación de crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo en el que, a la par que se reduce exponencialmente el número de aportantes a la Seguridad Social, aumenta el de dependientes, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo, sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social, en general…".
- Los artículos 14 y 37.1 CE, dado que no "se limita injustificadamente a la actividad sindical la regulación de una materia que se permite al empresario en los supuestos de despido colectivo… pues en modo alguno puede compararse la situación de los trabajadores que ven extinguidos sus contratos por jubilación con la de los trabajadores que son objeto de un despido colectivo. Se trata de dos instituciones jurídicas con notables diferencias en cuanto a la finalidad, las causas que las motivan y los efectos que se les atribuye (acceso a la pensión de jubilación, indemnización por despido, prestación de desempleo o, en su caso, suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social)."

- Los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE, considerando que en este caso no existe «una diferencia de trato injustificada entre los empleados de las Administraciones Públicas, según tengan la condición de personal laboral o funcionarios públicos…pues…estamos ante regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción», tanto más cuanto «la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución».

b) Jubilación voluntaria. La edad mínima de jubilación de sesenta y cinco años se reducía a los sesenta y cuatro para los trabajadores asalariados cuyas empresas los sustituyeran, de modo simultáneo a su jubilación, por otros trabajadores inscritos como desempleados en la oficina de empleo, siempre que esta clase de jubilación bien estuviera establecida en el convenio colectivo aplicable y el trabajador decidiera acogerse a la misma, o bien existiera acuerdo de las partes del contrato de trabajo. Junto a ello, el nuevo contrato debía formalizarse por escrito y con una duración mínima de un año. Si durante su vigencia se producía el cese del nuevo trabajador, el empresario debía sustituirlo por otro trabajador desempleado y durante el tiempo que restara para alcanzar la duración mínima del contrato, salvo supuestos de fuerza mayor (arts. 1, 2, 3 y 4 RD 1.194/1985). Esta medida tuvo una vigencia limitada hasta el 31 de diciembre de 2012, ya que la norma reglamentaria que la regulaba, el RD 1.194/1985, fue derogada por la LAAMSS (Disp. Derog. única.1.º) a partir de la entrada en vigor de esta última, que, a estos efectos, se produjo el 1 de enero de 2013 (Disp. Final 12.ª1 LAAMSS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Reducción de costes laborales

AAVV: «Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a la contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios», León, 2004.

Cruz Villalón, J.: «Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida», en AAVV: *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*, Madrid, 1998.

Escudero Rodríguez, R.: «Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, a favor del empleo estable», *RL*, n.º 12/1992.

Fernández López, M:F. y Calvo Gallego, F.J: (Directores): *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupacion juvenil.* Albacete, 2013.

Guerrero vizuete, E.: «Las medidas de estímulo a la creación de em pleo juvenil contenidas en la Ley 1/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: puntos críticos». *TL* nº 122/2013.

Montoya Melgar, A.: «Los incentivos públicos a la contratación indefinida como nueva medida de política de empleo», *RTSS*, n.º 9/1993.

II. Acciones positivas

Alonso Olea, M.: «Sobre la "acción afirmativa" en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer», *REDT*, n.º 30/1987.

Ballester Pastor, M. A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, 1994.

Casas Baamonde, M. E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, n.º 11/1998.

Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibídem, Madrid, 1999.

Esteban Legarreta, y Pérez Pérez, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en Esteban Legarreta, R., y Pérez Amorós, F. (dirs.): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 2009.

Garrido Pérez, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000.

Núñez González, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, 2000.

Rodríguez Piñero, M.: «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *RL*, n.os 3-4/1993.

Saez Lara, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994.

Sierra Hernaiz, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, 1999.

III. Reparto del trabajo

AAVV: «Reordenación y reducción del tiempo de trabajo», *REST*, n.os 15-16/1992.

Fina Sanglas, L.: «Las políticas de reparto de trabajo», en AAVV: *Mercado de trabajo y políticas de empleo*, Madrid, 2001.

Gorelli Hernández, J.: «Contratos de relevo y jubilación parcial», en Ojeda Avilés, A.: *Modalidades de contrato de trabajo*, Madrid, 2003.

Hart, R. A.: *Reducción de la jornada de trabajo. Un dilema para la negociación colectiva*, Madrid, 1987.

López Cumbre, L.: «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *TS*, n.º 85/1998.

Medina Castillo, L.: *Crisis de la sociedad salarial y reparto de trabajo*, Granada, 1999.
Panizo Robles, J. A.: «Un nuevo paso en la jubilación flexible: la nueva regulación de la jubilación parcial y el contrato de relevo», *RTSS*, n.º 221/2001.
Rodríguez Cardo, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, 2010.
Sala Franco, T.: *Régimen jurídico del pluriempleo en España*, Madrid, 1985.
White, M.: *Reducción de la jornada de trabajo. Posibilidades y perspectivas*, Madrid, 1989.

CAPÍTULO 9: CALIDAD DEL EMPLEO: PRESUPUESTOS DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO

Una de las dimensiones básicas que la normativa laboral considera en el tratamiento de la prestación de trabajo, en cuanto ésta constituye el objeto de la obligación de trabajar asumido por el trabajador, es la relativa a la calidad del empleo.

El logro del mayor nivel posible de calidad del objeto de la relación laboral —esto es, de las prestaciones de los sujetos que la estipulan—, en el marco de una economía sostenible es, como ya se vio, la finalidad que informa el principio de calidad del empleo, de forma que éste se ajuste al modelo del empleo digno o decente [Capítulo 4, I, 2]. Ciertas manifestaciones de dicho principio se proyectan de forma acentuada sobre las principales prestaciones que las partes de la relación laboral deben cumplir: tiempo de trabajo y salario. Pero existen expresiones de aquel principio que actúan como presupuestos necesarios para que la prestación de trabajo pueda realizarse con criterios de calidad (la formación profesional, la prevención de riesgos laborales y la clasificación profesional). Tales presupuestos no deben entenderse en un sentido cronológico que los sitúe siempre con anterioridad o coetáneamente a la formalización del contrato de trabajo, ya que también se emplazan una vez iniciada la ejecución del mismo (por ejemplo, la formación profesional continua o la evaluación sucesiva de los riesgos laborales), de forma que su operatividad, a la par que necesaria para la calidad del empleo, es transversal, alcanzando a la preparación, constitución y ejecución de la relación de trabajo. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que en la regulación de dichos presupuestos los sujetos del contrato de trabajo deben observar también ciertos comportamientos obligatorios y, por tanto, cumplir determinadas prestaciones.

I. PRESUPUESTO COGNITIVO: EL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Además de configurar un mandato a los poderes públicos para el fomento de una política que la garantice (art. 40.2 CE) en el marco del derecho a la educación (art. 27 CE y STC 129/1989) y de constituir un derecho de los trabajadores en la relación de trabajo facilitando, al tiempo, su derecho a la promoción profesional [arts. 35.1 CE y 4.2.*b*) ET], la formación profesional es un primer presupuesto indeclinable para la efectividad del principio de calidad en el empleo, como lo acreditan los datos que vinculan el mayor crecimiento económico con niveles de cualificación profesional elevados. Consciente de este nexo, el legislador, como objetivos a alcanzar en el marco de la economía sostenible, establece la garantía de la calidad de la formación profesional conforme a las directrices europeas en la materia y con el fin de lograr

altos niveles de excelencia; garantía que se extiende a la evaluación y seguimiento de las correspondientes enseñanzas [art. 72.*g*) LES].

Para la puesta en práctica de esta clase de formación se establece el SNCFP, guiado por unos principios básicos, integrado por ciertos instrumentos y acciones y estructurado en torno a distintas modalidades de formación profesional, algunas de las cuales forman parte del subsistema de formación profesional para el empleo.

1. El Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional

A) Concepto

La columna institucional sobre la que descansa la regulación jurídica de la formación profesional es el SNCFP. Éste se caracteriza como «el conjunto de instrumentos y acciones necesarios para promover y desarrollar la integración de las ofertas de formación profesional…, así como la evaluación y acreditación de las correspondientes competencias profesionales, de forma que se favorezca el desarrollo personal y profesional de las personas y se cubran las necesidades del sistema productivo» (art. 2.1 LOCFOP). El SNCFP sirve así de aglutinante de dos objetivos básicos (art. 1.1 y 2 LOCFOP). De un lado, a la ordenación de un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que ha de dar respuesta eficaz y transparente a las demandas sociales y económicas mediante las distintas modalidades formativas. De otro, al favorecimiento de la formación a lo largo de toda la vida —principio básico del entero sistema educativo: artículo 5 LOE—, adecuándose a las plurales expectativas y situaciones tanto de orden personal como profesional.

B) Principios básicos

La actuación normativa e institucional del SNCFP se guía por determinados principios básicos que, dado el ámbito del sistema, afectan a las distintas modalidades formativas integradas en el mismo (art. 2.3 LOCFOP).

a) Principio de adecuación subjetiva y productiva. Orienta la formación profesional hacia objetivos diversos, que deberían ser complementarios en un sistema económico racional y solidario. Un primer objetivo se dirige al desarrollo personal y al ejercicio del derecho al trabajo (art. 35.1 CE). Recuérdese que del contenido de este derecho forma parte consustancial la estabilidad en el empleo (STC 2/1981) y que dicha estabilidad resulta favorecida por una formación profesional de calidad, merced a la cual se facilita al trabajador «su adecuada promoción y permanencia en la relación laboral» (STC 95/2002). Al tiempo, la cualificación profesional, si resulta adecuada al puesto de trabajo, es un factor de primer orden para el desarrollo de la personalidad, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En segundo lugar, se sitúa el objetivo que apunta al derecho a la libre elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE), cuyo contenido potencial permitiría satisfacer plenamente la pretensión de un puesto de trabajo remunerado cuando ese empleo se correspondiera con la profesión u oficio del trabajador libremente escogidos por éste [Capítulo 4, II, 2, C)]. Esa posibilidad está facilitada —en modo alguno asegurada en un mercado de trabajo con elevadas tasas de paro— cuando el trabajador posee una formación profesional adecuada. Un tercer objetivo se vincula a la satisfacción de las necesidades del sistema productivo y del empleo a lo largo de toda vida. El objetivo es laudable, pero su plena consecución está objetivamente dificultada o impedida en un sistema económico en el que la propiedad privada de los medios de producción está disociada de la prestación del trabajo asalariado.

b) Principio de igualdad de acceso. Afirma el acceso a las modalidades de formación profesional en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos. Principio indispensable a fin de deponer las barreras que puedan alzarse para determinados colectivos en esta materia (jóvenes, mujeres o discapacitados, por

ejemplo), pero de alcance limitado en su formulación legal si por ciudadanos ha de entenderse, en su acepción técnico-jurídica, a los nacionales de un Estado, pues de este modo se deja fuera del principio a los extranjeros.

c) Principios de participación y cooperación social, que se predican de los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales) con los poderes públicos en las políticas formativas y de cualificación profesional. Para ello, se considera necesario que las Administraciones educativas y laborales de cada Comunidad Autónoma regulen mecanismos y órganos de participación institucional en los que estarán adecuadamente representados dichos agentes o interlocutores sociales, con funciones, entre otras, de seguimiento de las actividades de los centros de formación para asegurar su calidad y rendimiento o de identificación de necesidades formativas (art. 74.2 LES).

d) Principios de participación y cooperación política, entre las diferentes Administraciones Públicas en función de sus respectivas competencias. En ese marco competencial, el Gobierno central llevará a cabo distintas actuaciones en colaboración con las CCAA, tales como la creación de una red de calidad del sistema de formación profesional o la promoción de planes de formación específicos para el profesorado y formadores de dicho sistema (art. 73.1, 2, 3 y 7 LES).

e) Principio de adecuación comunitaria. Dirigido a acomodar la formación y las cualificaciones a los criterios de la UE, atendiendo a los objetivos del mercado único y la libre circulación de trabajadores. Se trata, en efecto, de criterios u orientaciones, dado que la política comunitaria de formación profesional ha de limitarse a reforzar y completar las acciones de los Estados miembros, excluyendo toda armonización de sus disposiciones legales y reglamentarias, por corresponder a éstos la organización y contenidos de dicha materia (art. 166.1 y 4 TFUE). En ese marco competencial, la política comunitaria de formación profesional aparece estrechamente vinculada con la estrategia coordinada para el empleo de la UE, ya que ésta se orienta de modo particular a «potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable» (art. 145 TFUE), lo que implica el acceso a un empleo de mayor calidad y la continuidad formativa que facilite la movilidad en el empleo.

f) Principio de promoción y adecuación territorial. Afecta a dos ámbitos. Uno de alcance general, referido a la promoción del desarrollo económico, que se ve favorecido por una oferta de fuerza de trabajo dotada de un apropiado nivel de cualificación. Otro ámbito, más específico, se delimita por la adecuación a las diferentes necesidades territoriales del sistema productivo, que varían para cada una de las distintas CCAA en función de múltiples factores (por ejemplo, recursos naturales, infraestructuras o tasa de estudiantes que cursan bachillerato y ciclos formativos).

C) Instrumentos y acciones

Para la consecución de sus finalidades en la materia, el SNCFP dispone de ciertos instrumentos y acciones (art. 2.1 y 4 LOCFOP).

a) El Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. Considerado como «eje institucional del sistema» (Exposición de Motivos LOCFOP), ordena las cualificaciones identificadas en el sistema productivo atendiendo a las competencias profesionales apropiadas para el ejercicio de una profesión, que puedan ser objeto de reconocimiento y acreditación. La cualificación profesional se define legalmente como el conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden adquirirse mediante módulos formativos u otros tipos de formación, así como a través de la experiencia profesional [arts. 7.4.*a*) LOCFOP y 5.1.*a*) RDCNCP]. Dichas cualificaciones se estructuran sobre dos elementos (art. 4.2, 3 y 4). Un primer elemento es el de las familias profesionales (anexo I RDCNCP), atendiendo a criterios de afinidad de la competencia profesional (por ejemplo, familia agraria, química, o de artesanías). El segundo elemento lo ofrecen los niveles de cualificación, que consideran la competencia profesional exigida con arreglo, entre otros, a criterios de conocimientos, iniciativa, autonomía, responsabilidad y complejidad de

la actividad a desarrollar. El RDCNCP (anexo II) establece una escala de cinco niveles de cualificación de menor a mayor ámbito de conocimientos y complejidad de las actividades profesionales.

Por su parte, la competencia profesional comprende el conjunto de conocimientos y capacidades que permiten el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo [arts. 7.4.*b*) LOCFOP y 5.1.*c*) RDCNCP].

b) La acreditación de las cualificaciones profesionales. Los instrumentos que acreditan las cualificaciones profesionales del citado Catálogo Nacional son los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad. Ambos son establecidos por la Administración General del Estado y tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. Los primeros incluyen los títulos de Técnico y Técnico Superior y son expedidos por la Administración educativa competente. Los segundos adveran la capacitación para desarrollar una actividad laboral con significación para el empleo, asegurando la formación necesaria para su adquisición en el marco del SFOEM. Su expedición se atribuye al SPEE o los órganos competentes de las CCAA (arts. 10.1 LOCFOP, 44 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; 4.1 RD 1.538/2006, de 15 de diciembre, que establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo y 2.234/2008, de 18 de enero, que regula los certificados de profesionalidad).

c) La información y orientación en materia de formación profesional y empleo. Es éste un instrumento indispensable para establecer la necesaria y fluida comunicación con todos los colectivos interesados en dicha materia. De un lado, la información debe versar sobre las oportunidades de acceso al empleo, las posibilidades de adquisición, evaluación y acreditación de competencias y cualificaciones profesionales y sobre su progreso en las mismas a lo largo de toda la vida. De otro, la información y el asesoramiento ha de proporcionarse conjuntamente en relación con las diversas ofertas de formación y los posibles itinerarios formativos a fin de facilitar la inserción y reinserción laborales, así como sobre la movilidad profesional en el mercado de trabajo (art. 14 LOCFOP).

Junto al anterior cauce, la ley contempla un amplio abanico de sujetos en orden a la participación en la información y orientación profesional: los correspondientes servicios de las Administraciones educativas y laborales, de la Administración local y de los agentes sociales. A la Administración General del Estado se le atribuye la función de desarrollar fórmulas de coordinación y cooperación de los entes y organizaciones implicados (art. 15.1 LOCFOP).

En todo caso, y considerando su posición institucional y competencias, se encomienda a las Administraciones públicas distintas tareas informativas en la materia dirigidas, entre otros colectivos, al alumnado del sistema educativo, a las familias, a los trabajadores desempleados y ocupados, así como a los interlocutores sociales a efectos de que pueda servir de referencia para la negociación colectiva (art. 15.2 LOCFOP).

d) La evaluación y mejora de la calidad del SNCFP. La finalidad de esta actuación estriba en garantizar la eficacia de las acciones incluidas en el SNCFP y su adecuación permanente a las necesidades del mercado de trabajo (art. 16 LOCFOP). El Gobierno establece y coordina los procesos de evaluación del SNCFP, previa consulta al Consejo General de la Formación Profesional y sin perjuicio de las competencias atribuidas a las CCAA (art. 17.1 LOCFOP).

D) Modalidades de formación profesional

El contenido de la formación profesional es ciertamente ambicioso, pues contempla al trabajador no sólo como profesional, sino también en su condición de ciudadano, dimensión esta última esencial en cualquier enseñanza que haya de impartirse en el marco de un Estado democrático. Así, ese contenido abraza el conjunto de acciones formativas que capacitan para desempeñar de forma cualificada las diversas profesiones, acceder al empleo y participar activamente en la vida social, cultural y económica (art. 9 LOCFOP). Tal capacitación se pretende alcanzar mediante tres modalidades formativas.

La primera comprende las enseñanzas propias de la *formación profesional inicial*, que son las impartidas en el ámbito del sistema educativo (arts. 9 LOCFOP, 30 y 42.1 LOE), organizándose en módulos profesionales específicos, ciclos formativos de grado medio y superior y cursos de especialización (art. 4 RDFOPSE). Permiten acceder a los títulos de Técnico y Técnico superior y están vinculados a las familias profesionales en las que se estructura el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (arts. 44 LOE y 32.1 y 3 RDFOPSE).

La segunda modalidad está destinada a la *formación ocupacional*, que es la impartida al margen del sistema educativo mediante acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores (art. 9 LOCFOP). La capacitación que esta modalidad incluye se desarrolla en las fases previas a la contratación laboral. Por ello, su finalidad se diversifica en tres direcciones: incorporar al trabajo a las personas no integradas en el sistema educativo y que no posean formación profesional, reincorporar a la actividad laboral a los trabajadores que han perdido su empleo por no disponer de una cualificación suficiente y, en fin, readecuar profesionalmente a los trabajadores que precisan adquirir nuevas cualificaciones para poder adaptarse a los cambios que experimente el sistema productivo.

La tercera y última modalidad se denomina *formación continua* y está orientada a «la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales» (art. 9 LOCFOP). Las enseñanzas que comprende se desenvuelven a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo. De aquí que su finalidad básica consista en proporcionar a los trabajadores en activo tanto conocimientos o destrezas complementarios a fin de que realicen su cometido con un mayor nivel de cualificación, como aquellos otros que les habiliten para ejercer en el mismo ámbito empresarial tareas, especialidades u oficios distintos a los que hayan desempeñado.

2. El sistema de formación profesional para el empleo

A) Concepto, principios y planificación

a) Concepto

Con anterioridad a su actual regulación en el RDL-RESIFOE, el SFOEM se estructuraba como un subsistema formativo que unificaba las dos modalidades de formación profesional vinculadas directamente al empleo fuera del sistema educativo, esto es, la formación ocupacional y la formación continua (preámbulo y art. 2.1 del RDSUBFOE), recogiendo así los criterios sentados en el IV Acuerdo Nacional de Formación de 1 de febrero de 2006 —acuerdo sobre materias concretas del art. 83.3 ET— y en el subsiguiente Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo suscrito el 7 del propio mes y año por el Gobierno y los agentes sociales más representativos en el ámbito estatal, inscrito en el marco de la concertación social y no de la negociación colectiva laboral.

El RDL-RESIFOE sigue acogiendo las dos citadas modalidades de formación profesional, pero englobándolas ahora bajo la denominación de *sistema de formación profesional para el empleo* (art. 2,a), con el que se pretende "acometer una reforma integral" que garantice "el interés general y la necesaria estabilidad y coherencia que el mismo precisa", sobre la base de cuatro objetivos estratégicos: "la garantía del ejercicio del derecho a la formación de los trabajadores, empleados y desempleados, en particular, de los más vulnerables; la contribución efectiva de la formación a la competitividad de las empresas; el fortalecimiento de la negociación colectiva en la adecuación de la oferta formativa a los requerimientos del sistema productivo, así como la eficiencia y transparencia en la gestión de los recursos públicos. En última instancia, se trata de que el sistema permita consolidar en el sistema productivo una cultura de formación profesional y favorecer con ello la creación de empleo estable y de calidad" (Preámbulo III RDL-RESIFOE).

De acuerdo con esos objetivos, el RDL-RESIFOE lleva cabo, en su Disp. derogatoria única 1, una tácita derogación del RDSUBFOE en lo que se oponga o contradiga a aquél (lo que permite con-

siderar vigentes algunos preceptos de éste último, dejando así por el momento abierta a una compleja y no siempre segura interpretación el alcance efectivo de tal derogación), así como la expresa modificación del artículo 26 LEM. En la nueva norma, el concepto del SFOEM es aquel que "está constituido por el conjunto de iniciativas, programas e instrumentos que tienen como finalidad impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial, conforme a sus fines y principios." (art. 26.1 LEM conforme al art. 4 RDL-RESIFOE).

Entre estos fines debe subrayarse el dirigido a "Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo profesional y personal" (art. 2, a) RDL-RESIFOE). Se continúa proporcionando así carta de naturaleza al aprendizaje permanente como uno de los indicadores estructurales en materia de educación que contempla la Estrategia de Lisboa, acordada por el Consejo Europeo celebrado los días 23 y 24 de marzo del 2000, y que confirma el apartado 5.2 RDEEEM, ratificando, al tiempo, la trascendencia que reviste la formación profesional más allá de este ámbito, es decir, en el desarrollo personal de los trabajadores. Este desarrollo tiene la mayor trascendencia no sólo como finalidad, sino en cuanto límite a una formación profesional concebida como instrumento de trasiego constante entre distintos empleos, que difumina la profesionalidad del trabajador y diluye, asimismo, la utilidad social de su trabajo.

b) Principios

El SFOEM comparte con el SNCFP los principios básicos que a este último le guían. Pero, junto a ellos, rigen para aquél determinados principios específicos (art. 3 RDL-RESIFOE, art. 26 LEM conforme al art. 4 RDL-RESIFOE, art. 23.1.*c*) ET conforme a la LEMURMEL y art. 72. d) LES). susceptibles de ordenarse como sigue:

a') *Principios de favorecimiento formativo.* Tienden a facilitar la realización de las acciones formativas por los sujetos destinatarios de las mismas. A tal efecto, se reconoce el ejercicio del derecho individual a la formación, así como la igualdad en el acceso de los trabajadores, las empresas y los autónomos a una formación vinculada a las necesidades del mercado de trabajo.

b') Principios de adecuación organizativa y funcional. En este grupo figuran los principios de calidad, eficacia, eficiencia y transparencia en la gestión. El denominador común de todos ellos es lograr una organización y funcionamiento del sistema que cumpla con rigor y plena satisfacción de los destinatarios la finalidad formativa para el empleo que el subsistema persigue. Por esto mismo se trata de principios transversales, en el sentido de que pretenden incidir en la configuración, ejecución y evaluación del proceso de formación.

c') Principios de orden competencial. Pertenecen a este bloque los principios de unidad de caja de la cuota de formación profesional, de unidad de mercado, de libre circulación de los trabajadores en el desarrollo de las acciones formativas y de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativa en el marco de la comptencia normativa del Estado. Todos ellos son necesaria derivación de la distribución de competencias en materia de formación profesional para el empleo que, tanto para la ocupacional como para la continua, «se inscribe en el ámbito de la «legislación laboral», pues concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el artículo 4.2 del estatuto de los trabajadores» (SSTC 95/2002 y 190/2002), a la promoción y formación profesional en el trabajo. Tales principios son coherentes con el tratamiento homogéneo que esta materia exige, de modo que su regulación se distribuye entre la competencia exclusiva del Estado respecto de las leyes y sus reglamentos ejecutivos o de desarrollo y la emanación por las CCAA de los reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios (SSTC 249/1988 y 95/2002).

d') Principio de vinculación sistémica. Aunque no figure específicamente en el RDL-RESIFOE, este principio se identifica con el necesario nexo que existe entre el SNCFP y el SFOEM, ya que el segundo participa de algunos de los principios y fines del primero, utilizando asimismo una parte de sus instrumentos y acciones formativas, tales como el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales o las acciones informativas y orientativas en la materia.

e') Principios de carácter negocial y concertador. Erigidos sobre la negociación colectiva en sentido propio y el diálogo social como instrumentos de desarrollo del sistema de formación profesional para el empleo.

f') Principios de carácter participativo. Configurados de forma genérica como "la participación de los agentes sociales en el diseño, planificación y programación de la oferta formativa dirigida a los trabajadores" (art. 3, d) RDL-RESIFOE), cuentan con una doble manifestación.

En primer término, una participación institucional, que actúa en tres ámbitos. En el ámbito estatal, mediante el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que se configura como el principal órgano de consulta y participación de las Administraciones Públicas y los interlocutores sociales en el SFOEM (art. 25 RDL-RESIFOE). En el ámbito autonómico, a través del SPEE y de los órganos competentes de las CCAA, que llevarán a cabo su colaboración, coordinación y cooperación en esta materia a través de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales (art. 26.1 RDL-RESIFOE). Y en un ámbito indiferenciado de carácter paritario, en el que "las organizaciones empresariales y sindicales participarán en la planificación, programación y difusión de la formación profesional para el empleo, especialmente en la dirigida a los trabajadores ocupados a través de estructuras paritarias profesionalizadas" (art. 26.2 RDL-RESIFOE).

En segundo lugar, una participación en la empresa, en cuya virtud los representantes legales de los trabajadores en la misma participarán en la formación programada por ella para sus trabajadores (art. 3.i) RDL-RESIFOE). Conforme a la normativa vigente, se trata de una participación informativa en el ámbito de la empresa de dichos representantes, que, principalmente, se encauza mediante una doble vía. Por un lado, mediante su derecho a emitir informe con carácter previo a la ejecución por el empresario de su decisión sobre los planes de formación profesional en la empresa [art. 64.5.*e*) ET]. Por otro lado, y en relación con lo anterior, a través del derecho de dichos representantes a ser informados previamente a la emisión del referido informe en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes proceder a su examen adecuado y preparar el informe (art. 64.6 ET).

g') Principio de planificación estratégica. A su servicio se sitúan la estabilidad, seguridad y certidumbre del SFOEM, así como la anticipación a los requerimientos y cambios del modelo productivo, como vía fundamental para reforzar la calidad y eficacia de la formación.

h') Principio de medición del impacto de la formación. Mecanismos instrumentales a este principio son el refuerzo de los sistemas de información, seguimiento y control de la misma, así como la evaluación permanente en todas las etapas del proceso formativo; evaluación que deben impulsar las Administraciones Públicas como garantía de la calidad de la formación, de manera que permita conocer su impacto en el acceso y mantenimiento del empleo.

c) Planificación

Como presupuesto de la planificación, el MEYSS, a través del observatorio del SPEE, y con la colaboración de las CCAA y de los agentes sociales, tiene encomendado el desarrollo de una función permanente de prospección y detección de necesidades formativas individuales y del sistema productivo, para anticipar y proporcionar respuestas efectivas a las necesidades de formación y recualificación en un mercado laboral cambiante, contribuyendo así al desarrollo profesional y personal de los trabajadores y a la competitividad de las empresas (art. 5.1 RDL-RESIFOE). Los resultados de las actividades llevadas a cabo en desarrollo de dicha función, darán lugar a un informe anual que recogerá, al menos, la identificación

de las ocupaciones con mejores perspectivas de empleo, las necesidades formativas de los trabajadores y las recomendaciones concretas que serán referentes de la programación de la oferta formativa dirigida a trabajadores ocupados y desempleados. De este informe se dará conocimiento al Consejo General de Formación Profesional y al Consejo General del Sistema Nacional de Empleo.

Sobre la base de esa función prospectiva, el MEYSS ha de diseñar un escenario plurianual que actúe como marco de planificación estratégica de todo el SFOEM en el ámbito laboral, para asegurar que el mismo responda de forma dinámica a las necesidades formativas de empresas y trabajadores identificadas desde los distintos ámbitos competenciales y pueda ofrecerse así una imagen de certidumbre y estabilidad a todos los agentes implicados en su desarrollo que permita la inversión en formación y la generación de estructuras estables en el tiempo. Su diseño se realizará con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, de las CCAA, de otros departamentos ministeriales, así como de las organizaciones intersectoriales representativas de los trabajadores autónomos y de las empresas de la economía social; debiéndose contar también con la colaboración de observatorios, estructuras paritarias sectoriales y expertos en la materia (art. 6.1 RDL-RESIFOE).

B) Iniciativas de formación

a) Tipología general

Los tipos de iniciativas de formación para el empleo contemplados en el RDSUBFOE (la formación de demanda, la formación de oferta, la formación en alternancia en el empleo y las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación) han dado paso ahora a una clasificación distinta de dichas iniciativas, que las caracteriza como "cada una de las modalidades de formación profesional para el empleo dirigidas a dar respuesta inmediata a las distintas necesidades individuales y del sistema productivo." (art. 9.1 RDL-RESIFOE), estableciéndose a este respecto una clasificación legal, que pone el acento ahora en dos parámetros generales: el sujeto titular de la formación y la clase de iniciativa de formación.

a') El sujeto responsable de la formación

- La formación programada por las empresas, para sus trabajadores.
- La oferta formativa de las administraciones competentes para trabajadores ocupados.
- La oferta formativa de las administraciones competentes para trabajadores desempleados.

b') La clase de iniciativa de formación

Se incluyen aquí las denominadas "Otras iniciativas de formación profesional para el empleo", relativas a los permisos individuales de formación, a la formación en alternancia con el empleo, a la formación de los empleados públicos, a la formación no financiada con fondos públicos desarrollada por centros y entidades de iniciativa privada destinada a la obtención de certificados de profesionalidad, a la formación de las personas en situación de privación de libertad y a la formación de los militares de tropa y marinería que mantienen una relación de carácter temporal con las Fuerzas Armadas, previa suscripción de los correspondientes convenios entre las instituciones públicas competentes.

De este segundo grupo solo se estudiarán las dos primeras modalidades, habida cuenta de su singular relevancia en la esfera del contrato de trabajo.

Todas las modalidades de iniciativas encuadradas en los dos anteriores parámetros, así como las acciones formativas que las integran, están dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales, favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de

la población activa, y conjugando las necesidades de las personas, de las empresas, de los territorios y de los sectores productivos. (art. 9.2 RDL-RESIFOE).

Hasta tanto no se desarrollen reglamentariamente las referidas modalidades de iniciativas, permanecerán en vigor las iniciativas previstas en el RDSUBFOE y en su normativa de desarrollo, salvo ciertas previsiones recogidas en la disposición transitoria primera, 1.

b) Financiación

Con carácter general y sin perjuicio de las especificidades previstas para la formación programada por la empresas y otras iniciativas de formación profesional para el empleo, el SFOEM se financia con los fondos provenientes de la cuota de formación profesional que aportan las empresas y los trabajadores, de conformidad con lo establecido en LPGE de cada ejercicio, así como con las aportaciones específicas establecidas en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, y con los fondos propios que las CCAA puedan destinar en el ejercicio de su competencia. También podrán objeto de cofinanciación a través del Fondo Social Europeo o de otras ayudas e iniciativas europeas, las acciones del SFOEM. Igualmente, y al objeto de garantizar la universalidad y sostenimiento del sistema, éste se podrá financiar con cuantas cotizaciones por formación profesional pudieran establecerse a otros colectivos beneficiarios en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (art. 7.1 RDL_RESIFOE).

En la aplicación de los fondos de formación profesional para el empleo se utilizarán las siguientes formas de financiación (art. 7.3 RDL-RESIFOE):

- Bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, que no tendrán carácter subvencional. Se aplicarán a la formación programada por las empresas para sus trabajadores, a los permisos individuales de formación y a la actividad formativa del contrato para la formación y el aprendizaje.
- Subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, que se aplicarán a la oferta formativa para trabajadores desempleados y ocupados, incluida la dirigida específicamente a trabajadores autónomos y de la economía social, así como a los programas públicos mixtos de empleo-formación.
- Concesión directa de subvenciones, que se aplicará a las becas y ayudas de transporte, manutención y alojamiento concedidas a los desempleados que participen en las acciones formativas y, en su caso, a la compensación económica a empresas por la realización de prácticas profesionales no laborales, siempre y cuando concurra la excepcionalidad contemplada en el artículo 22.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

c) Modalidades

a') Formación programada por las empresas para sus trabajadores (art. 10 RDL-RESIFOE).

Podrán participar en esta modalidad los trabajadores asalariados que prestan sus servicios en empresas o en entidades públicas no encuadradas en el ámbito de aplicación de los acuerdos de formación de los empleados públicos en las Administraciones Públicas, incluidos los trabajadores fijos-discontinuos en los períodos de no ocupación, así como los trabajadores que, durante su participación en esta formación, accedan a situación de desempleo, y los trabajadores afectados por medidas temporales de suspensión de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los períodos de suspensión de empleo.

La programación formativa se realizará respetando el derecho de información y consulta de la representación legal de los trabajadores, a quien se deberá solicitar informe de forma preceptiva, y será compatible con la agilidad en el inicio y desarrollo de las acciones formativas.

Las empresas pueden organizar la formación de sus trabajadores por sí mismas, impartirla empleando para ello medios propios o bien recurriendo a su contratación.

Los costes derivados de esta modalidad formativa se sufragan mediante cofinanciación.

Por un lado, desde el primer día del ejercicio presupuestario y con carácter anual, las empresas disponen de un crédito de formación, que podrán hacer efectivo mediante bonificaciones en las correspondientes cotizaciones empresariales a la Seguridad Social a medida que se realiza la comunicación de finalización de las acciones formativas. El importe de este crédito de formación se obtiene en función de las cuantías ingresadas por cada empresa el año anterior en concepto de cuota de formación profesional y el porcentaje que, de acuerdo con su tamaño, se establezca en la LPGE de cada ejercicio. Esta norma puede establecer asimismo en cada ejercicio un crédito mínimo de formación en función del número de trabajadores que las empresas tengan en sus plantillas, crédito que podrá ser superior a la cuota de formación profesional ingresada por aquéllas en el sistema de Seguridad Social.

Por otro lado, Las empresas participarán con sus propios recursos en la financiación de la formación de sus trabajadores según los porcentajes mínimos que, sobre el coste total de la formación, se establecen en el RDL-RESIFOE, comforme a una escala que comprende desde un 5 por ciento en empresas entre 1 a 9 trabajadores hasta un 40 por ciento en empresas de 250 o más trabajasdores.

b') Oferta formativa para trabajadores ocupados (art. 11 RDL-RESIFOE)

Su objeto estriba en ofrecer a los trabajadores una formación que atienda a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas, a las necesidades de adaptación a los cambios en el sistema productivo y a las posibilidades de promoción profesional y desarrollo personal de los trabajadores, de forma que les capacite para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y les permita mejorar su empleabilidad. Pese a estar dirigida a trabajadores ocupados, la ley establece la posibilidad de que también puedan participar los desempleados en esta modalidad de oferta formativa, en función del límite que se establezca de acuerdo con la coyuntura del mercado de trabajo en cada momento.

Esta oferta formativa debe atender las necesidades no cubiertas por la formación programada por las empresas y se desarrollará de manera complementaria a ésta mediante programas de formación que incluyan acciones formativas obedientes a necesidades de carácter tanto sectorial como transversal. En particular, esta oferta formativa debe garantizar asimismo la formación en competencias transversales conforme a las necesidades identificadas en el escenario plurianual y el informe anual anteriormente mencionados.

Con el fin de incentivar y facilitar la participación y el acceso de los trabajadores ocupados a la oferta formativa dirigida a la obtención de los certificados de profesionalidad, las Administraciones competentes desarrollarán asimismo programas de cualificación y reconocimiento profesional procurando, para ello, una oferta de formación modular que favorezca la acreditación parcial acumulable, así como los procedimientos que permitan un reconocimiento efectivo de las competencias adquiridas por la experiencia laboral.

La detección de necesidades, así como el diseño, la programación y la difusión de la oferta formativa para trabajadores ocupados se realizará teniendo en cuenta el escenario plurianual ya señalado y con la participación:

De las organizaciones empresariales, sindicales más representativas y representativas de trabajadores por cuenta ajena en los correspondientes ámbitos de actuación y sectores;

De las organizaciones representativas de autónomos y de la economía social intersectoriales, así como aquellas con suficiente implantación en el correspondiente ámbito de actuación, respecto de la formación dirigida específicamente a trabajadores autónomos y de la economía social en el ámbito de participación que se establezca

De cuantas organizaciones o entidades con acreditada experiencia en la materia se decida por las autoridades competentes.

c') Oferta formativa para trabajadores desempleados (art. 12 RDL-RESIFOE)

El objeto de esta oferta es ofrecer a los trabajadores desempleados una formación al tiempo ajustada a las necesidades formativas individuales y del sistema productivo, que les permita adquirir las competencias requeridas en el mercado de trabajo y mejorar su empleabilidad. Para ello se tendrá en cuenta el perfil del trabajador elaborado por los servicios públicos de empleo conforme a lo previsto por la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

El diseño, programación y difusión de esta oferta formativa corresponde a las Administraciones públicas competentes, con informe preceptivo y no vinculante de las organizaciones empresariales y sindicales conforme a los órganos de participación establecidos en cada ámbito competencial

Esta oferta formativa se desarrollará mediante programas de las Administraciones competentes dirigidos a cubrir las necesidades formativas detectadas en los itinerarios personalizados de inserción y en las ofertas de empleo, programas específicos para la formación de personas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional y programas formativos que incluyan compromisos de contratación.

Asimismo, las acciones formativas incluidas en dicha oferta podrán estar orientadas al fomento del autoempleo y de la economía social, así como contemplar la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas.

Con carácter general, esta oferta formativa dará prioridad a los desempleados con bajo nivel de cualificación e incluirá preferentemente acciones dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad, además de aquellas otras que programen las Administraciones competentes de acuerdo a las necesidades de cualificación de la población desempleada, de las competencias requeridas por el mercado de trabajo y de las ocupaciones y sectores con mayores perspectivas de empleo.

d') Otras iniciativas de formación profesional para el empleo

a") Los permisos de formación

Del complejo derecho a la promoción y formación profesional del trabajador, incluida la que se imparta para su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo [art. 4.2.*b*) ET conforme a la LEMURMEL y Capítulo 14, III, 2, B)], se derivan, a su vez, dos derechos atribuidos al mismo, con distinto grado de concreción.

1.º *Derecho genérico.* Se trata del derecho del trabajador asalariado en activo «a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo» [art. 23.1.*c*) ET conforme a la LEMURMET]. Se trata de un derecho condicionado, puesto que cabe su denegación por parte de la empresa, que, no obstante, debe motivarse exclusivamente en razones organizativas o de producción y comunicarse al trabajador (art. 12.3.2.º RDSUBFOE). Aunque no se establece que la comunicación haya de ser escrita, no es dudoso que ésta es la forma a utilizar, ya que, de otro modo, se dificulta o impide injustificadamente que el trabajador pueda reclamar contra la decisión y, en su caso, ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva.

El permiso individual de formación autoriza al trabajador para realizar una acción formativa que esté reconocida mediante una titulación oficial o una acreditación oficial o cualquier otra que acredite las competencias para el ejercicio de una ocupación u oficio, sin que la formación haya de estar necesariamente vinculada a su puesto de trabajo. Como ya se apuntó, las titulaciones oficiales tienen carácter académico, se expiden por las Administraciones educativas competentes, tienen validez en todo el territorio estatal y se publican en el *Boletín Oficial del Estado*. Las acreditaciones oficiales, que incluyen las correspondientes a los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad, son las que, estando previstas

en la normativa estatal, se expiden por la Administración competente y se publican en el correspondiente boletín oficial (art. 12.3.1 RDSUBFOE y art. 25 RD 2.307/2007).

Los términos del ejercicio de este derecho han de pactarse en la negociación colectiva (en el sentido de que deben ser objeto de negociación, pero no de pacto obligado), debiéndose ajustarse, en todo caso, a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo (art. 23.2 ET conforme a la LEMURMEL). La norma estatutaria no configura el permiso como retribuido, pero nada impide que lo sea si así se pacta en la negociación colectiva, lo que viene asimismo propiciado por el Convenio OIT 140/1974, sobre licencia pagada por estudios (art. 5). Si en el convenio nada se establece sobre la remuneración, el permiso debe considerarse retribuido cuando la formación se imparta dentro de la jornada de trabajo, quedando así el contrato de trabajo únicamente interrumpido, puesto que los costes salariales y de Seguridad Social del permiso son objeto de financiación pública.

2.º *Derecho específico.* La reforma laboral de 2012 ha introducido para los trabajadores con un año de antigüedad mínima en la empresa el derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo, acumulables por un período de hasta tres años. Este reducido avance queda desvirtuado en la práctica al someterse la concreción del disfrute del permiso al mutuo acuerdo entre trabajador y empresario (art. 23.3 ET conforme a la LEMURMEL), sin intervención alguna en este punto de la negociación colectiva y sin que se establezca ninguna fórmula para solventar la falta de acuerdo. No obstante, la negociación es factible para incrementar la duración del permiso y establecer el carácter retribuido de ese incremento, dado que tal duración no se configura como intangible para el poder negocial colectivo en línea con la amplia remisión que a éste realiza el citado convenio OIT 140/1974.

Por otra parte, debe señalarse que la formación de demanda encauzada mediante los permisos de formación no está incluida en las acciones formativas que las empresas deben impartir como formación inherente al puesto de trabajo y los trabajadores han de recibir en virtud de la actualización permanente que exige la ejecución de sus funciones (SSTS 25-2-2002 y 18-4-2002). De aquí que el permiso de formación canalice la que no resulta obligatoria para la empresa y cuyo seguimiento obedece por tanto a la libre decisión del trabajador.

b") La formación en alternancia con el empleo

Una segunda iniciativa de orden formativo incluida en este apartado se refiere a la formación en alternancia con el empleo. Su objeto consiste en contribuir a la adquisición de las competencias profesionales de una actividad laboral mediante un proceso mixto, que aúna el empleo y la formación, permitiendo al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo (art. 26.1 RDSUBFOE).

Para canalizar esta iniciativa se establecen dos dispositivos: el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje y los programas públicos de empleo-formación realizados por las Administraciones Públicas. El primero ya fue estudiado en su momento [Capítulo 6, I, 3, A)], por lo que ahora corresponde examinar los citados programas.

En el ámbito de los programas públicos de empleo-formación se regulan, de un lado, el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y, de otro, el programa de Talleres de Empleo. Tales programas responden a determinados rasgos básicos (art. 28 RDFOPEM, Orden TAS de 14 de noviembre de 2001 y Disp. Adic. 2.ª RCF).

* Programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios

1.º *Formación juvenil.* El programa se dirige a jóvenes desempleados menores de veinticinco años, a fin de mejorar su posterior inserción laboral.

2.º *Promoción no lucrativa.* Las entidades promotoras del programa pueden ser públicas o privadas, pero en ambos casos han de carecer de ánimo de lucro. La finalidad de estas entidades no estriba en beneficiarse de la prestación de trabajo, sino en cualificar profesionalmente al alumno trabajador mediante la formación de esta naturaleza. Dichas entidades deben tener competencia para la ejecución de las correspondientes obras o servicios y disponer de la capacidad técnica y de gestión suficientes.

3.º *Formación por etapas.* La formación impartida mediante estos programas se estructura en dos etapas. En las Escuelas Taller la primera es de formación inicial, con un contenido de carácter teórico, en tanto que la segunda etapa es de formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional. La duración de ambas se establece en un mínimo de un año y un máximo de dos, divida en fases de seis meses. En la segunda etapa, los alumnos tienen derecho a percibir becas, incompatibles con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo y con la realización de cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena.

El itinerario formativo en las Casas de Oficios se organiza asimismo en las dos etapas indicadas, aunque aquí la duración total es de un año, que se distribuye en seis meses para cada una de ellas.

En el ámbito de ambos programas, una vez recibida por los alumnos la formación inicial teórica durante la primera etapa, para realizar la formación en alternancia de la segunda etapa los alumnos conciertan un contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje, percibiendo las retribuciones establecidas en la ley para esta modalidad contractual. Pero la ejecución de dicho contrato durante esta segunda etapa en el marco de este programa presenta la singularidad de que sólo existe formación práctica, puesto que la de carácter teórico ya se ha realizado en la etapa formativa inicial.

4.º *Dimensión pública de las actividades formativas.* Este programa ha de desarrollar obras o servicios de utilidad pública o interés social, favoreciendo, junto a la formación teórica, la cualificacióm profesional y la consiguiente inserción laboral de los alumnos trabajadores.

5.º *Gestión autonómica.* Las CCAA tienen encomendada la gestión del programa, salvo que éste sobrepase el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso lo gestionará el SEPE.

6.º *Financiación pública*, a través de subvenciones otorgadas a las entidades promotoras, con cargo al presupuesto del SEPE.

7.º *Acreditación.* Al finalizar las dos etapas, la entidad promotora expedirá un certificado acreditativo de la duración de la participación en el programa del alumno trabajador, el nivel de formación teórico-práctica adquirida y los módulos formativos cursados. El certificado podrá ser objeto de convalidación, total o parcial, por la Administración Laboral a través del correspondiente certificado de profesionalidad.

* Programa de Talleres de Empleo

Comparte con el anterior programa los rasgos anteriormente señalados excepto dos que lo diferencian de aquél. En primer lugar, sus beneficiarios han de tener un rango de edad superior, ya que se destina a los desempleados mayores de veinticinco años con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo (por ejemplo, parados de larga duración, mujeres o discapacitados). En segundo término, el contrato para la formación y el aprendizaje se formaliza desde el comienzo de la actividad formativa, de modo que la duración del programa ha de ajustarse a la establecida para dicho contrato, que aquí es de un mínimo de un año y un máximo de tres, aunque estos límites pueden ser objeto de una prórroga de doce meses en consideración a determinadas circunstancias.

d) Las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación

No derogadas expresamente por el RDL-RESIFOE sin que, por otro lado, puedan considerarse incompatibles respecto del mismo con la finalidad de mejorar la eficacia del SFOEM se prevén, a título de iniciativa, acciones de apoyo y acompañamiento a la formación [arts. 4.*d*) y 29 a 31 RDSUBFOE]. Se concretan en la realización de estudios por las Administraciones Públicas competentes, por sus propios medios o mediante contratación externa; acciones de investigación e innovación realizadas por el

MEYSS mediante planificación plurianual en el marco de los criterios y prioridades anuales propuestos por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y con suficiencia representativa en cada sector al amparo de la negociación colectiva sectorial estatal, así como por las CCAA; y, en fin, en el desarrollo por el Gobierno de un sistema integrado de información y orientación profesional con fines de asesoramiento a los trabajadores sobre las oportunidades de formación y empleo y las posibilidades de acreditación y reconocimiento de su cualificación.

C) *Evaluación de la formación*

El SFOEM se someterá a un proceso de evaluación permanente que permita conocer el impacto de la formación realizada en el acceso y mantenimiento del empleo, la mejora de la competitividad de las empresas, la adecuación de las acciones formativas a las necesidades del mercado laboral y la eficiencia de los recursos económicos y medios empleados.

Con esta finalidad, el SPEE, con los órganos o entidades competentes de las CCCA y la participación de las organizaciones empresariales y sindicales, elaborará anualmente un plan de evaluación de la calidad, impacto, eficacia y eficiencia del conjunto del SFOEM, cuyas conclusiones y recomendaciones deberán dar lugar a la incorporación de mejoras en su funcionamiento. Este plan anual de evaluación se someterá a informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo (art. 23.1 RDL-RESIFOE).

D) *Supuestos formativos no encuadrados en el SFOEM*

a) La formación preventiva en el despido objetivo

Esta formación se vincula con la evitación del despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Comoquiera que las modificaciones en el puesto de trabajo obedecen a causas empresariales, se incorpora al ET la obligación empresarial de ofrecer al trabajador un curso que facilite su adaptación a aquellas modificaciones. Durante el período formativo el contrato queda en suspenso y el empresario debe abonar al trabajador el salario medio que venga percibiendo. La decisión extintiva del contrato no puede ser adoptada por el empresario hasta que haya transcurrido un mínimo de dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que haya finalizado la formación adaptativa [art. 52.*b*) ET conforme a la LEMURMEL y Capítulo 14, III, 2, A)].

Congruente con aquella obligación empresarial, se reconoce al trabajador el derecho «A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo», que corre a cargo del empresario, sin perjuicio de que éste pueda obtener con esta finalidad financiación pública destinada a la formación. De igual fundamento en la causa empresarial que provoca las modificaciones en el puesto de trabajo participa la regla que considera en todo caso tiempo de trabajo efectivo el destinado a esta formación [art. 23.*d*) ET conforme a la LEMURMEL].

b) Prácticas profesionales sin carácter laboral

Fuera del marco del SFOEM se sitúan, asimismo, como una vía específica dotada de ciertas singularidades, las prácticas profesionales no laborales en las empresas, públicas o privadas, dirigidas, entre otros colectivos, a trabajadores desempleados, incluidas las de carácter internacional (arts. 6.4 LOCFOP, 25.3 RDSUBFOE y 2.2, 24 a 28 Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo). Dichas prácticas no suponen en modo alguno la existencia de relación laboral, si bien los trabajadores que las realicen han de tener cubierto el riesgo de accidente de trabajo derivado de su asistencia a las mismas. Las Administraciones Públicas competentes promueven estas prácticas, en el ámbito de los itinerarios integrados de formación para la

inserción laboral, mediante acuerdos con las empresas, encargándose de acreditar su realización, previa justificación por parte de la empresa. Pueden realizarse de forma simultánea a una acción formativa o cuando ésta se haya superado con evaluación positiva.

Los trabajadores desempleados que participen en estas prácticas tendrán derecho, bajo ciertas condiciones, a obtener becas y ayudas de transporte, manutención, alojamiento, así como ayudas para conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o de familiares dependientes hasta el segundo grado.

Estas prácticas podrán ser cofinanciadas por la Administración, concediendo a las empresas determinadas cantidades por alumno y hora, a fin de compensar los gastos que para aquéllas suponga su realización.

Los representantes legales de los trabajadores en la empresa tienen derecho a que ésta ponga en su conocimiento, antes del comienzo de las prácticas, los acuerdos o convenios que se suscriban para su realización.

3. Cuenta de formación

Con carácter novedoso, la reforma laboral de 2012 creó la figura de la cuenta de formación. En dicha cuenta, asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, ha de inscribirse la formación que el trabajador reciba a lo largo de su carrera profesional. y, en todo caso, la recibida de conformidad con el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior. Los SPE deben velar por la fiabilidad de la información que incorporen a esta cuenta, debiendo efectuar en ella, en tiempo y forma, las anotaciones correspondientes (art. 22.2 RDL-RESIFOE). La cuenta precisa de desarrollo reglamentario, que se encomienda al Gobierno pero sin fijación de plazo para realizarlo (Disp. Final 2.ª LEMURMEL).

II. PRESUPUESTO PREVENTIVO: SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La seguridad y salud en el trabajo es una materia tempranamente abordada por la legislación obrera, bien que con una primordial finalidad reparadora de la fuerza de trabajo, aunque de forma intermitente, y en general subordinada, también existiera una intención humanitaria. El renovado y constante interés legislativo sobre dicha materia revela no sólo la necesaria y permanente atención que la norma debe dispensar a este respecto, sino también el mantenimiento de elevados índices de siniestralidad laboral en distintos sectores de la actividad económica, especialmente en la industria, la construcción y los servicios, con la negativa y severa incidencia que ello tiene en la calidad de la prestación laboral.

Desde la óptica de su regulación, la seguridad y salud en el trabajo se estructura en dos planos. Uno es de carácter colectivo y se concreta en el desarrollo de una política en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). El otro plano es de orden individual y se plasma primariamente en el derecho a la seguridad y salud laborales y en el derecho del trabajador a su vida e integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene [arts. 4.2.*d*) y 19.1 ET, 14.1 LPRL en relación con los arts. 15 y 43.1 CE]. Entre ambos planos existe una estrecha relación, ya que el desenvolvimiento de aquella política constituye condición necesaria para el ejercicio real de este derecho.

1. Plano colectivo: regulación de la política de prevención de riesgos laborales

A) Caracterización

El tratamiento normativo que recibe la política en materia de seguridad y salud en el trabajo obedece a tres rasgos básicos: el deber constitucional de prevención, la amplitud reguladora y la indisponibilidad relativa.

a) Deber constitucional de prevención

El plano colectivo de esta materia reposa sobre el deber constitucional impuesto a los poderes públicos a fin de que velen por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), lo que les exige adoptar una postura beligerante a favor de la promoción preventiva de los riesgos laborales y de consecuente vigilancia en esta materia, exigencia que es corolario del carácter social impreso en nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Se trata de un deber vinculado a los compromisos y, en especial, las obligaciones que para el Estado español se derivan en esta materia, con distinto alcance, de la normativa internacional y comunitaria.

En el ámbito internacional, el Convenio 155/1981 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, marca como principio básico de la política de los Estados miembros coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo «prevenir los accidentes y los daños que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida que sea razonable y posible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo» (art. 4).

Por lo que hace a las normas europeas y comunitarias, la vinculación para los Estados integrantes del Consejo de Europa y los Estados miembros de la UE es más acentuada. Algunas normas tienen un alcance más general, dada su naturaleza. Esto sucede con la CSE, que compromete a los Estados miembros, en garantía del ejercicio efectivo del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, a promulgar normas reglamentarias a este propósito, a controlar su aplicación y a consultar a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3). Semejante alcance posee el mandato que el artículo 118A.1 TCCE —en la actualidad art. 153.1.*a*) TFUE— dirige a los Estados miembros a fin de que procuren promover la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.

Pero la mayor parte de las normas comunitarias regula esta materia con mayor extensión y pormenor, superando con creces la que se dedica a otras materias de índole laboral. La principal de ellas es la Directiva Marco 89/391/CE, dictada al amparo de la habilitación que confería al Consejo el artículo 118A.2 TCCE —actualmente, art. 153.2.*b*) TFUE— y relativa a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo. Desde el plano colectivo que ahora se examina, esta norma mandata a los Estados miembros para que adopten las disposiciones necesarias de aplicación de la misma, en garantía de que los empresarios, trabajadores y sus representantes están sometidos a tales disposiciones (art. 4.1).

b) Amplitud reguladora

a) Amplitud objetiva. El cumplimiento de las prescripciones contempladas en el texto constitucional, así como en la normativa europea y comunitaria se pone en práctica mediante la LPRL, cuerpo legal básico en esta materia, que se encarga de la transposición de la Directiva Marco 89/391/CE a nuestro ordenamiento, aunque no únicamente de ella (por ejemplo, también de las Directivas 92/85/CE y 94/33/CE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes en el trabajo, respectivamente). El objeto de la

LPRL se ciñe a promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para prevenir los riesgos derivados del trabajo (art. 2.1).

Consecuente con ese objeto, la LPRL traza unos amplios linderos para configurar el ámbito material de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Dicho ámbito comprende, junto a la propia LPRL, sus disposiciones de desarrollo y complementarias, así como cualesquiera otras normas legales o convencionales que incluyan prescripciones sobre la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o que puedan dar lugar a tales medidas (art. 1 LPRL).

b) Amplitud subjetiva. La relevancia que para la prestación laboral de calidad tiene la prevención de los riegos laborales determina la notable amplitud del ámbito subjetivo al que se aplica la LPRL, como lo evidencian las inclusiones y exclusiones en el mismo que la norma regula (art. 3 y Disp. Adic. 9.ª LPRL).

a') Se incluyen en el ámbito de aplicación de la norma:

- Las relaciones de trabajo asalariado.
- Las relaciones de carácter administrativo y estatutario del personal al servicio de la Administración Pública, si bien con las peculiaridades que respecto del mismo se contienen en la LPRL y sus normas de desarrollo. Por ejemplo, el RD 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, o el RD 1.932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y V de la LPRL al ámbito de los centros y establecimientos militares.
- Fabricantes, importadores y suministradores, en relación con las obligaciones específicas que para éstos se establecen.
- Los trabajadores autónomos, en relación con los derechos y obligaciones que les atañen respecto de la normativa de prevención de riesgos laborales.
- Las sociedades cooperativas en las que existan socios cuyo actividad consista en la prestación de trabajo personal, aunque la inclusión ha de acomodarse a las peculiaridades derivadas de su normativa específica.

b') Quedan excluidos de dicho ámbito de aplicación determinados colectivos y actividades, que se someten a su normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales, aunque ésta debe estar inspirada por lo dispuesto en la LPRL:

- Policía, seguridad y resguardo aduanero.
- Servicios operativos de protección civil y peritaje forense, en los supuestos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública
- Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil.
- La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Esta exclusión no impide, sin embargo que el titular del hogar familiar esté obligado a cuidar de que el trabajo del empleado se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, ya que éste tiene reconocido los derechos a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, así como a una protección eficaz en esta materia. En coherencia con dicha obligación, el empleador debe adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características del trabajo doméstico. El trabajador está facultado para extinguir el contrato de trabajo por dimisión fundada en justa causa cuando el empleador incumpla gravemente dichas obligaciones [arts. 4.2.*d*) y 19.1 ET y 7 DHF].

c) Indisponibilidad relativa

La amplitud material y subjetiva que la LPRL configura queda reforzada por la autocalificación de sus disposiciones de carácter laboral y de sus normas reglamentarias de desarrollo como Derecho necesario

mínimo, que recibe, además, la mención de «indisponible», lo que, si bien en términos generales es adecuado, aquí resulta redundante al haberse calificado ya ese grupo normativo como mínimo, impidiéndose de este modo toda acción contractual o normativa reductora de su contenido. En este sentido, importa subrayar que las mencionadas disposiciones tienen adicionalmente el carácter de Derecho necesario relativo, lo que veda tratamientos peyorativos de dichas normas mediante convenio colectivo, cuyo espacio regulador ha de ser en consecuencia de mejora o desarrollo de las mismas (art. 2.2 LPRL). Incluye así, tácitamente, el legislador la prevención normativa de los riesgos laborales como una de las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo, sin cuya existencia y cumplimiento zozobran el derecho a la seguridad y la salud de los trabajadores y la calidad de la prestación laboral.

B) Objetivos, principios y estructura organizativa

La política de prevención de riesgos laborales se articula en torno a determinados objetivos, principios y estructura organizativa (arts. 5 y 7 a 13 LPRL).

a) Objetivos y principios

El objeto o parcela de la realidad sociolaboral acotada por la política de prevención de riesgos laborales se ciñe a promover la mejora de las condiciones de trabajo, en orden a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el medio laboral. En este ámbito material, la LPRL establece ciertos objetivos, algunos de los cuales tienen, al tiempo, la consideración de principios de actuación.

a') Coordinación. Esencial para el adecuado desarrollo de cualquier organización y consagrado como principio constitucional y legal de actuación de la Administración Pública (arts. 103.1 CE y 3.1 LRJPAC), el principio de coordinación constituye, asimismo, en la LPLR objetivo de las Administraciones Públicas competentes en materia preventiva de riesgos laborales respecto de las normas reglamentarias y de las actuaciones administrativas, lo que implica la armonización de las actuaciones que, de acuerdo con la LPRL, hayan de realizarse por los sujetos públicos y privados. La necesidad de coordinación se subraya de modo expreso para las actuaciones de las Administraciones en materia laboral, sanitaria y de industria.

b') Cooperación. Establecido por el ordenamiento administrativo como un principio derivado, a su vez, del principio de lealtad institucional [arts. 3.2 y 4.1.*d*) LRJPAC], se instaura el objetivo de cooperación y asistencia entre la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas y las entidades que integran la Administración local para el eficaz ejercicio de sus respectivas competencias en materia de prevención de riesgos laborales. La cooperación aparece en la LPRL como un objetivo previo para conseguir la adecuada coordinación en esta materia, lo que evidencia la necesidad insoslayable de colaboración en orden a la eficacia y permanencia de los propósitos y metas que se proponga alcanzar la acción social, institucionalizada o no.

c') Participación institucional. A partir de su reconocimiento constitucional (art. 9.2 CE) y de su genérica calificación como principio de actuación de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos (art. 3.3 LRJPAC), la LPLR considera como objetivo de la política preventiva, también funcional a la finalidad coordinadora, la participación de empresarios y trabajadores, mediante sus organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en la elaboración de dicha política. De forma derivada de ese objetivo, se rotula como principio básico de la política preventiva de riesgos laborales, a desarrollar por las Administraciones Públicas competentes en los distintos niveles territoriales, la participación de dichas organizaciones en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud en el trabajo.

d') Promoción. Con sustento último en el principio constitucional de igualdad sustancial (art. 9.2 CE), este objetivo cuenta con distintas manifestaciones. Entre ellas, cabe destacar la promoción de la mejora de la educación en materia preventiva en los distintos niveles de la enseñanza y en especial en la oferta

formativa correspondiente al SNCFP, la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres a fin de detectar y prevenir situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecen relacionados con el sexo de los trabajadores, así como la integración eficaz de la prevención de riesgos laborales en la gestión de la empresa.

e') Fomento. Corresponde a las Administraciones Públicas fomentar entre empresarios, trabajadores y sus organizaciones representativas la investigación o el impulso de nuevas formas de protección de la seguridad y salud en el trabajo, adoptando con este fin programas específicos dirigidos a la mejora del medio ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección.

b) Estructura organizativa

El desarrollo y logro de los anteriores objetivos y principios requiere que las Administraciones Públicas competentes en materia laboral lleven a cabo distintas actuaciones a través de órganos específicos con funciones en la prevención de riesgos laborales. Entre los órganos encargados de asumir dichas funciones destacan el INSHT, la CNSST y la ITSS.

Configurado como un órgano científico y especializado de la Administración General del Estado, el INSHT, creado mediante RDL 37/1978, se ocupa del análisis, estudio y asesoramiento técnico en materia de seguridad y salud en el trabajo, al tiempo que promueve y apoya su mejora. En el marco de sus funciones coordina a las Administraciones Públicas competentes, facilita la cooperación necesaria con las CCAA y les presta apoyo para realizar actividades de promoción en dicha materia. Además, actúa como centro de referencia nacional en relación con las instituciones de la UE, en especial respecto de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, garantizando la coordinación y transmisión de la pertinente información.

Con la creación por la LPRL del CNSST se instaura un órgano colegiado conformado como asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención de riesgos laborales y como órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esta participación se articula integrando en dicho órgano a un representante de cada CA, a igual número de miembros de la Administración General del Estado y, en paridad con todos ellos, a representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Corresponden al CNSST dos grupos de funciones. Por un lado, conocer las actuaciones de las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control establecidas en la LPRL. Por otro, informar y formular propuestas en relación con dichas actuaciones, por ejemplo, sobre proyectos de disposiciones de carácter general en la materia o sobre la coordinación entre las Administraciones Públicas competentes en materia laboral, sanitaria y de industria.

La ITSS tiene encomendada la función genérica de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Las Administraciones Públicas, en sus respectivos ámbitos de competencia, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico precisos a la ITSS en esta materia. En el ámbito de la Administración General del Estado, dicha garantía se instrumenta a través del INSHT.

En orden al cumplimiento de la referida función genérica, a la ITSS se le atribuyen una serie de funciones específicas en dicha materia, tales como asesorar e informar a las empresas y los trabajadores sobre el modo más efectivo de cumplir con la citada normativa, informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, así como en los demás casos en que la misma lo considere necesario respecto de la prevención de los riesgos laborales, u ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del Inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

Esta última decisión ha de comunicarse a la empresa responsable, quien, a su vez, ha de ponerla en conocimiento de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Preven-

ción o, en su ausencia de los representantes unitarios del personal (Comité de Empresa o Delegados de Personal), dando cuenta al Inspector del cumplimiento de esta obligación. Por su parte, el Inspector ha de trasladar su decisión a la autoridad laboral de forma inmediata. La empresa, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de la decisión, pueda impugnarla ante la autoridad laboral en el plazo de tres días hábiles, quien resolverá en el plazo máximo de veinticuatro horas. La resolución que recaiga será ejecutiva, con independencia de los recursos que procedan. Tan pronto como se subsanen las causas que motivaron la paralización, ésta dejará de aplicarse, bien por la ITSS, bien por el propio empresario, quien ha de comunicarlo inmediatamente a la ITSS.

2. Plano individual: derecho a la seguridad y salud en el trabajo

A) Fundamentos y caracterización

La incorporación constitucional del deber normativo recogido en el artículo 40 CE supone la implícita existencia de un derecho a la salud y seguridad en el trabajo, que el texto constitucional no recoge expresamente. En la legislación ordinaria el citado derecho no aparece con esa formulación, sino disociado en dos derechos que la integran con carácter básico. De un lado, el derecho del trabajador a su vida e integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene [art. 4.2.*d*) ET]. De otro y como consecuencia del anterior, el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 19.1 ET y 14.1 LPRL), conectado con la norma internacional reguladora del derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, de forma que se aseguren en especial, entre otras condiciones, la seguridad e higiene en el trabajo [art. 7.*b*) PIDESC]. Ambos derechos constituyen expresiones sobresalientes de la dignidad de la persona que, como fuente de los derechos constitucionales, se consagra el artículo 10.1 CE. Y, asimismo, ambos guardan estrecha relación con los derechos contemplados en los artículos 15 y 43.1 CE.

A este último respecto debe señalarse que, aunque el texto constitucional no contemple directamente el derecho a la salud y seguridad en el trabajo, sí lo hace por vía indirecta posibilitando la conexión entre el derecho a la integridad física y moral (art. 15) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Esta conexión significa que, si bien ambos derechos difieren, entre otros aspectos, en el bien jurídico objeto de tutela y en la intensidad con que la misma se despliega (AATC 192/1993 y 57/2007), ciertas situaciones de riesgo o deterioro de la salud pueden considerarse contrarias a la vida y a la integridad física o moral, con la relevante consecuencia de abrir el cauce del recurso de amparo, aunque esa conexión no haya de existir en todo caso. Esta vinculación relativa ha sido establecida por la doctrina constitucional, afirmando que «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal» (STC 35/1996), aunque no todo supuesto de vulneración o riesgo para la salud suponga desconocimiento del derecho fundamental, «sino sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (SSTC 119/2001 y 5/2002), lo que también es aplicable a la relación individual de trabajo cuando tal riesgo se constate, sin que sea preciso por tanto que se haya producido su consumación (SSTC 62/2007 y 160/2007).

En todo caso, y como acaba de señalarse, la regulación en el nivel legal se ocupa directamente del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 19.1 ET y 14.1 LPRL), sin perjuicio de la conexión de éste con el derecho del trabajador a su vida e integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene [art. 4.2.*d*) ET], dentro del genérico derecho del trabajador a la salud y seguridad en el trabajo. Del referido derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo destacan tres notas.

1.ª La contractualidad del derecho, lo que significa que su origen se emplaza ordinariamente en la relación contractual de trabajo o de empleo público en cuyos marcos se regula tal derecho, si bien en deter-

minados supuestos de relación laboral extracontractual el derecho resulta asimismo exigible (por ejemplo, trabajos de colaboración social o contratos de trabajo nulos).

2.ª Su contenido plural, del que forman parte ciertos derechos que la propia LPRL identifica y de los que derivan las correspondientes obligaciones empresariales: los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia del estado de salud del trabajador (art. 14.1.4.º LPRL). Debe advertirse, no obstante, que esta enumeración no es exhaustiva, ya que la propia LPRL recoge implícitamente otros derechos del trabajador, que forman parte del mencionado a la protección eficaz en esta materia y que derivan de distintas obligaciones empresariales a menudo articuladas como medidas de carácter preventivo.

3.ª La eficacia de la protección, lo que supone que cualquier tipo de fórmulas protectoras no satisface el derecho del trabajador dotado de ese contenido plural, sino únicamente aquellas que tienen la capacidad real necesaria de alcanzar el efecto preventivo de los riesgos laborales. De ahí que la protección eficaz se logre mediante la efectividad de todos y cada uno de los derechos que integran dicho contenido y de las medidas de seguridad que le acompañan. Se trata, en suma, de evitar la producción de daños derivados del trabajo, considerando como tales «las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo», conforme reza la definición legal de los mismos (art. 4.3.º LPRL).

B) Deber general de prevención

La LPRL vincula el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo al correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1). Así establecido, caracterizan este deber determinadas notas.

1.ª Protección eficaz. Aunque la LPRL no utilice este adjetivo al identificar dicho deber, es indudable su procedencia dado que el artículo 14.l de dicho cuerpo normativo, al establecer expresamente el correlato entre el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el deber en cuestión, está evidenciando la existencia de una relación obligatoria que faculta al trabajador titular del derecho a exigir al empresario deudor la conducta debida, esto es, la prestación objeto de la obligación, delimitada precisamente por la protección eficaz en dicha materia.

2.ª Deber contractual. La citada relación obligatoria tiene carácter contractual, ya que, como se ha señalado, es en el ámbito del contrato de trabajo en el que se origina usualmente el citado derecho a la protección eficaz en esta materia, siendo excepcionales los supuestos ubicados al margen del mismo.

3.ª Deber de garantía. El cumplimiento del deber general de protección, implica que el empresario ha de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL). Se pretende de este modo que la garantía de seguridad sólo se colme satisfactoriamente con un resultado positivo, consistente en la ausencia de cualquier daño derivado del trabajo.

4.ª Deber general, en el sentido de que posee un contenido plural del que forman parte determinados deberes específicos o particulares, que la LPRL enuncia en el artículo 14.1, regulándolos posteriormente [*infra* D)].

C) Principios generales de la acción preventiva

El deber general de prevención, así como los deberes específicos que derivan del mismo, requieren la adopción de determinadas medidas, sobre todo cuando éstas corresponden a obligaciones positivas, es decir, de hacer o de dar. La aplicación de estas medidas ha de realizarse de acuerdo con los principios generales de la acción preventiva que la LPRL relaciona (art. 15.1 a 4), reflejando, en buena medida, el contenido de la Directiva Marco 89/391/CE (arts. 5 a 12).

Bajo su común función preventiva, los citados principios pueden clasificarse atendiendo a un criterio temporal, que permite diferenciar entre principios prioritarios, principios subsidiarios y principios

transversales. Ninguno de ellos deben entenderse como equivalentes a una mayor o menor entidad cualitativa, sino, conforme acaba de señalarse, como directrices de actuación temporal en esta materia.

a) Principios prioritarios

La función preventiva de estos principios se lleva a cabo de modo preferente al aplicar las medidas preventivas que exija cada caso. Tres principios deben considerarse en esta clase.

1.º Evitar los riesgos, impidiendo que los reales o potenciales que se hayan identificado puedan progresar y/o consumarse, cualquiera que sea la causa que los provoque. La indiferencia de la causa tiene el relevante efecto de excluir la invocación de las razones económicas por parte del empresario como razón para no combatir y evitar los riesgos laborales que puedan efectivamente evitarse, puesto que el deber general de prevención es incondicionado (STJCE 8-10-2001).

Mediante este principio se establece una prioridad absoluta en la materia, ya que extirpando de raíz el riesgo se elude al tiempo la posibilidad de producción del daño que del mismo pueda derivarse. Adicionalmente, la evitación de los riesgos implica que, dentro de su deber general de prevención, el empresario tiene el deber específico previo de identificar todo tipo de riesgo, real o potencial, a fin de poder evitarlo.

2.º Combatir los riesgos en su origen, que es consecuencia necesaria de su evitación, atajándolos con la mayor presteza posible tan pronto como se aprecie su existencia. El principio viene a subrayar el deber del empresario de actuar con la mayor diligencia posible una vez que el riesgo se identifica, incidiendo en la dimensión temporal de la evitación del riesgo, y de hacerlo al margen de la causa que lo provoque.

3.º Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. Una de las consecuencias derivadas del deber general de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo es el deber específico empresarial de integrar la actividad preventiva de los riesgos laborales en la empresa (art. 14.1 y 2 LPRL), lo que necesariamente afecta al conjunto de los trabajadores que en ella prestan sus servicios. El alcance de estos deberes explica que se prioricen las medidas preventivas de carácter colectivo respecto de las individuales. Esta prioridad es compatible, sin embargo, con ciertos deberes de evaluación específica de riesgos y de adopción de las correspondientes medidas preventivas en relación a determinados trabajadores [*infra* D)].

b) Principios subsidiarios

Estos principios se activan ante la imposibilidad de eludir los riesgos.

1.º Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. La aplicación del principio supone la previa constatación de que el riesgo, aun previsible, es inevitable utilizando por el empresario la diligencia exigida por las circunstancias (art. 1.105 CC) que, para los riesgos laborales, está especialmente acentuada por el deber general de prevención al que aquél está sujeto. La evaluación de los riesgos, además de configurarse como un principio, se delinea como un proceso de actuación respecto del que el empresario ha de cumplir ciertos deberes específicos.

En cuanto proceso, la evaluación de riesgos laborales pretende estimar la magnitud de los que no hayan podido evitarse, con la finalidad de obtener la información necesaria y poder decidir por parte del empresario sobre la exigencia de adoptar medidas preventivas, determinando en tal caso cuáles han de adoptarse (art. 3.1 RSP). En este proceso, el empresario está obligado a realizar dicha evaluación, ya se trate de evaluación genérica o específica.

— La *evaluación genérica* tiene dos clases de manifestaciones, que se corresponden con otros tantos momentos en los que aquélla ha de realizarse.

Una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, esto es, con carácter previo al comienzo de la actividad empresarial, teniendo en cuenta distintos factores: la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo y de los trabajadores que deban desempeñarlos.

Evaluaciones sucesivas con el fin de actualizar la inicial cuando cambien las condiciones de trabajo, así como revisarla, si se considera necesario, cuando se hayan producido daños para la salud. La realización de estas evaluaciones será independiente de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad laboral de los trabajadores a fin de detectar situaciones potencialmente peligrosas.

— Inicialmente o con posterioridad al comienzo de la actividad empresarial, según los casos, el empresario debe llevar a cabo determinas *evaluaciones específicas*, ya sea por realizarse al margen de la genérica, ya sea por la especial consideración que, dentro de ésta, debe dispensarse a ciertos trabajadores.

Con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo.

Como consecuencia de los reconocimientos médicos derivados del deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores [*infra* D)].

En relación a los puestos de trabajo a cubrir por menores de dieciocho años, a las características personales, al estado biológico conocido y a la maternidad [*infra* D)].

2.º Planificar la prevención. Este principio es subsidiario de segundo grado, ya que entra en juego una vez que se ha realizado la correspondiente evaluación de los riesgos. Su finalidad estriba, en primer lugar, en integrar la actividad preventiva en la empresa en su sistema general de gestión, estableciendo su política de prevención de riesgos laborales. Con arreglo a ese objetivo, el plan de prevención se concibe como un conjunto coherente que integra la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

En segundo término, implica el deber empresarial de eliminar o controlar y reducir al máximo los riesgos que no puedan eliminarse, de acuerdo con un orden de prioridades y teniendo en cuenta la magnitud de los riesgos y el número de trabajadores expuesto a los mismos (art. 8 RSP).

c) Principios transversales

La aplicación de estos principios comprende tanto la fase previa al desempeño de la actividad laboral, como la posterior de su ejecución. Considerando el tipo de medidas preventivas cuya aplicación ha de ajustarse a los principios transversales, éstos admiten una subdivisión que distingue entre principios de carácter personal y principios de carácter técnico-organizativo.

a') De carácter personal

1.º Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, señaladamente, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. Recogido con anterioridad por el artículo 36.5 ET, se trata de un principio clave en la materia, que supedita los medios y métodos de producción a la persona del trabajador, ya que éste puede no considerarse en ningún caso como mercancía, sino como un fin en sí mismo. El principio rezuma dinamicidad, dado que ha de tenerse en cuenta respecto de cada trabajador desde el inicio de la relación de trabajo y a lo largo de su desarrollo, exigiendo por tanto su permanente actualización a través de las correspondientes medidas preventivas.

2.º Tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas, que puede ser el del inicio de la relación laboral o cuando se produzca con posterioridad un cambio de funciones o de puesto de trabajo. Completa el anterior principio en el sentido de exigir que se calibre por parte del empresario las citadas capacidades, sin olvidar que éstas, a su vez, dependen del cumplimiento por aquél de sus deberes de información y formación en la materia a cada trabajador [*infra* D)].

3.º Dar las debidas instrucciones a los trabajadores. El deber general de protección y los deberes derivados del mismo se conectan con el poder directivo empresarial no sólo en cuanto éste se configura como

derecho subjetivo a dirigir y organizar la fuerza de trabajo, sino también en su faceta de deber específico de impartir a los trabajadores las instrucciones pertinentes en materia de seguridad y salud laborales, como condición necesaria para el adecuado cumplimiento por parte de éstos de las obligaciones que al respecto les incumben. Esa impartición exige, asimismo, la previa e indispensable información y formación de los trabajadores en dicha materia.

b') De carácter técnico-organizativo

1.º Tener en cuenta la evolución de la técnica. Principio que presenta también una marcada vertiente dinámica, al ser ésta evolución un rasgo consustancial a la actividad de producción y distribución de bienes y servicios. De aquí que el principio se proyecte a todo el ciclo de la relación de trabajo acompañando a los principios prioritarios y subsidiarios, especialmente a los de adopción de las medidas preventivas y de adaptación del trabajo a la persona.

2.º Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. El sentido común indica, conforme a este principio, la necesidad de conjurar la peligrosidad en el trabajo con las medidas preventivas que entrañen la reducción o eliminación del riesgo, lo que tiene especial relevancia cuando puedan aplicarse distintas medidas y haya que seleccionar entre ellas.

D) Deberes empresariales específicos

Como se apuntó, del deber general de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo deriva un conjunto de deberes específicos que el empresario ha de cumplir en esta materia y que aparecen regulados en la LPRL en sintonía con las normas comunitarias vigentes al efecto, de forma acusada con la Directiva 89/391/CEE. No son éstos los únicos deberes a los que el empresario queda sujeto. La propia LPRL se encarga de señalar a este respecto que «El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales» (art. 14.3). El precepto no incurre en ningún pleonasmo, ya que se limita a recordar que en dicha normativa —que, como ya se indicó desborda el marco de la LPRL, conforme a la definición que de la misma suministra el art. 1 de ésta— existen otras obligaciones empresariales de las que se derivan los correspondientes deberes de prevención de riesgos laborales.

Importa subrayar que, si bien el cumplimiento de las obligaciones empresariales en esta materia comporta unos costes económicos, desde la perspectiva de la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo dichos costes se consideran como inversión en garantía de la calidad del medio ambiente laboral y de su positiva repercusión en las restantes condiciones de trabajo, lo que, como la evidencia empírica enseña, incrementa la calidad de los productos elaborados o de los servicios que se prestan. En consecuencia, la ley prohíbe de forma terminante que el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo recaiga en modo alguno sobre los trabajadores (art. 14.5 LPRL).

Los principales deberes empresariales específicos son, a este propósito, los contemplados en la LPRL.

a) Deberes de información y consulta

Es deber del empresario adoptar todas las medidas adecuadas a fin de que los trabajadores, a través de sus representantes o directamente si éstos no existen, reciban todas las informaciones necesarias sobre los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, ya afecten a la empresa en su conjunto o a cada puesto de trabajo o función; sobre las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a tales riesgos; y sobre las medidas en situaciones de emergencia, en materia de primeros auxilios, de lucha contra incendios y de evacuación de los trabajadores. Aunque la información se facilite a los representantes de los trabajadores, el empresario debe informar directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos

riesgos (art. 18 LPRL). Correlato de este deber de información es el derecho que asiste a los trabajadores individualmente considerados de efectuar propuestas al empresario o a los órganos de participación y representación de aquellos previstos en la LPRL, con la finalidad de mejorar los niveles de protección de la seguridad y salud en la empresa.

El conocimiento de dicha información por los trabajadores o sus representantes adquiere mayor sentido mediante el deber empresarial de consultarles, con la debida antelación, la adopción de ciertas decisiones, entre ellas, la planificación y organización del trabajo en la empresa; la introducción de nuevas tecnologías en cuanto a los efectos que éstas puedan tener para la seguridad y salud de los trabajadores; la organización y desarrollo de actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa; la designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia o el proyecto y la organización de la formación en materia preventiva (art. 33 LPRL).

En estrecha relación con estos deberes empresariales se encuentra el derecho de los trabajadores de participar en la empresa en relación con las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo. Esta participación se instrumenta, en las empresas o centros de trabajo que cuenten con un mínimo de seis trabajadores, a través de los representantes ordinarios (unitarios y sindicales) y mediante la representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales (Delegados de Prevención y Comité de Seguridad y Salud) regulada en la LPRL (arts. 34 a 40). Esta última representación se estudia en el Capítulo 16, II, 3.

b) Deber de formación

Este deber cumple una doble y decisiva función. Por un lado, refuerza la eficacia del deber de protección en esta materia. En este sentido, el empresario debe garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, que debe comprender tanto el momento de la contratación como los cambios que se produzcan en el desempeño de sus funciones, la introducción de nuevas tecnologías o la realización de cambios en los equipos de trabajo. Centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, la formación ha de adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, debiéndose reiterarse cuando sea necesario. Por vía preferente ha de impartirse durante la jornada de trabajo o, si ello no fuera posible, en otro horario pero descontando en este caso de dicha jornada el tiempo invertido en la formación fuera de la misma (art. 19 LPRL).

Por otra parte, el cumplimiento de este deber empresarial permite al trabajador ejercer sus derechos de información y consulta con el debido conocimiento de causa, de modo que esta formación, aun siendo dinámica, debe ser previa a la recepción de aquella información y a la realización de las correspondientes consultas.

c) Deberes en situación de riesgo laboral grave e inminente

La LPRL establece a sus efectos, y no sin cierta tautología, la noción legal de riesgo laboral grave e inminente, considerando como tal «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores» (art. 4.4.º LPRL). Partiendo de ese concepto, la propia LPRL proporciona distintas vías para el tratamiento de dicha situación considerando los sujetos involucrados en la misma (art. 21 LPRL).

1.ª *Empresario.* Ante la mencionada situación de riesgo laboral grave e inminente, el empresario ha de cumplir ciertas obligaciones dirigidas a:

- Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que deban adoptarse.

- Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, si el peligro es grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo.
- Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico pueda adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros en la empresa.

2.ª *Representantes de los trabajadores.* En el supuesto de que el empresario no adopte o no permita la adopción por los trabajadores de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de éstos, sus representantes legales están facultados para acordar, por mayoría absoluta, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por el riesgo. El acuerdo debe ser comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral. Esta última anulará o ratificará la medida acordada en el plazo de veinticuatro horas.

3.ª *ITSS.* Como ya se apuntó, una de las funciones de la ITSS en esta materia consiste en ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del Inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores [art. 9.1.*f*) LPRL]. El Inspector debe trasladar de inmediato esta medida a la autoridad laboral y comunicarla a la empresa responsable, quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes ordinarios del personal (unitarios y sindicales), debiendo la empresa dar cuenta al Inspector del cumplimiento de esta notificación (art. 44.1 LPRL). El incumplimiento de la orden de paralización sin que se hayan subsanado las anomalías generadoras del riesgo constituye una infracción administrativa muy grave (art. 13.3 LISOS), que puede determinar responsabilidades en relación con la Seguridad Social (art. 195 LGSS).

La orden de paralización puede ser impugnada por la empresa en el plazo de tres días hábiles, debiendo resolverse por dicha autoridad en el plazo máximo de veinticuatro horas con carácter ejecutivo y sin perjuicio de los recursos que correspondan (art. 44.1 LPRL).

4.ª *Trabajador.* Al margen de las anteriores vías, se reconoce al trabajador el derecho a interrumpir su actividad laboral y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud (art. 21.2 LPRL). Queda al criterio del trabajador apreciar la existencia conjunta de estas circunstancias, ya que ni los trabajadores ni sus representantes pueden sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de la medida paralizadora, salvo que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave (art. 21.4 LPRL). De aquí que, a menos que esta salvedad se acredite, el ejercicio de este derecho sea compatible con el pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía (art. 44.2 LPRL), compatibilidad que también existe, aunque la norma no lo diga, con los anteriores supuestos de paralización.

d) Deber de vigilancia de la salud

Con anterioridad ya se señaló que el principio subsidiario de evaluación de los riesgos que no puedan evitarse comprende evaluaciones específicas. Una de las que resulta imprescindibles en esta materia se ha de realizar en cumplimiento del deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores mediante los correspondientes reconocimientos médicos (art. 22 LPRL). Ciertos rasgos básicos singularizan esta vigilancia:

1.º La voluntariedad, ya que su realización requiere el consentimiento del trabajador. No obstante, existen supuestos tasados en los que este carácter voluntario puede exceptuarse, previo informe de los representantes de los trabajadores, que no tiene carácter vinculante. La razón de ello estriba en que «los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado… sino también deberes positivos por parte de éste», a fin de contribuir a la vigencia y efectividad de tales derechos (STC 53/1985). Tales supuestos son los siguientes:

- Cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. Calificar como imprescindible la evaluación significa que no existe otro procedimiento alternativo a fin de evaluar los indicados efectos.
- Para verificar si su estado de salud puede suponer un peligro para el mismo, para otros trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.
- Cuando así lo establezca una disposición legal respecto de la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (por ejemplo, trabajos subterráneos, los que impliquen fabricación de explosivos o el empleo de energía nuclear).

2.º El respeto en todo caso a los derechos a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador cuando deba de realizarse la vigilancia y control de su salud, así como la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. En esta confidencialidad está implícito el derecho del trabajador a que se le comuniquen los resultados de la vigilancia y control de su salud.

En garantía de dicha confidencialidad el acceso a la información médica de carácter personal ha de limitarse al personal médico y a las autoridades sanitarias que efectúen la vigilancia de la salud de los trabajadores, de modo que no será posible facilitarla al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Sin embargo, existen razones objetivas para exceptuar el carácter confidencial de la citada información, estableciendo el deber de informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de las conclusiones derivadas de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para desempeñar el puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención.

3.º No discriminación por razón de la vigilancia de la salud. Como una manifestación del derecho constitucional a no ser discriminado por cualquier condición o circunstancia personal (art. 14 CE), se prohíbe de modo específico que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores sean utilizados con finalidad discriminatoria o en perjuicio del trabajador. La prohibición tiene la mayor relevancia porque subraya la imposibilidad legal de que los referidos datos puedan utilizarse con propósito discriminatorio en detrimento de los derechos del trabajador, por ejemplo para decidir un cambio de funciones o un despido objetivo por ineptitud.

4.º Profesionalidad en la práctica de la vigilancia. El cumplimiento del deber empresarial de vigilancia y control de la salud de los trabajadores ha de llevarse a cabo de forma necesaria a través de una estricta vía profesional, que la LPRL se encarga de remarcar atribuyendo este cometido al «personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada».

5.º Prolongación de la vigilancia. Al margen del deber empresarial que ahora se examina queda, no obstante, el supuesto en que deba prolongarse la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores una vez finalizada la relación laboral cuando la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario. En este caso, el deber ha de cumplirse a través del Sistema Nacional de Salud [art. 37.3.*e*) RSP].

e) Deber de protección a determinados trabajadores

Se señaló en su momento que como consecuencia del principio general subsidiario de evaluación de los riesgos inevitables, el empresario debe realizar la evaluación específica de determinados trabajadores, ya sea por realizarse al margen de la genérica, ya sea por la especial consideración que, dentro de ésta, debe dispensarse a aquellos trabajadores. Surge así un deber de protección singularizado en ciertos supuestos:

- La evaluación específica de los puestos de trabajo a desempeñar por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, antes de la incorporación al trabajo y con carácter previo a cualquier modificación importante que se produzca en los mismos. La evaluación ha de tener en cuenta, en especial, los riesgos laborales derivados de la falta de experiencia de dichos trabajadores, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo aún incompleto.

- En el marco de la evaluación genérica, han de tenerse en cuenta de forma específica dos tipos de situaciones. De un lado, la relativa a las características personales o el estado biológico conocido de los trabajadores, incluidos los que tengan reconocida la situación de discapacidad psíquica o sensorial que, por estas circunstancias, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. De otro, con el fin de proteger la maternidad la evaluación genérica debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de representar un riesgo específico.

f) Deber de documentación

Respecto del conjunto de deberes anteriormente estudiados, el empresario ha de cumplir con el deber instrumental de elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la documentación legalmente establecida (art. 23.1 LPRL), que se relaciona con los diversos contenidos integrantes de la acción preventiva en la empresa (por ejemplo, el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los riesgos o las medidas de protección y prevención a adoptar).

La obligación de conservar dicha documentación se extiende a todo el desarrollo de la actividad empresarial, aunque la norma no establezca directamente un período concreto. Esta prolongación temporal explica que los Delegados de Prevención tengan competencia para acceder a aquella documentación, con respeto de la debida confidencialidad sobre los datos relativos a la salud de los trabajadores [art. 36.2.*b*) LPRL], y que, al cesar en su actividad, las empresas deban remitirla a la autoridad laboral (art. 23.2 LPRL).

g) Deber de organizar las actividades preventivas

Corresponde al empresario, como deudor de seguridad y salud en el trabajo, el deber de organizar los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas en la empresa (arts. 30.1 LPRL y 10.1 RSP). El cumplimiento de este deber se instrumenta mediante cuatro modalidades de organización preventiva (arts. 30 y 31 LPRL y Capítulos III a VI RSP).

a') Asunción personal de la actividad preventiva. Salvo las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores, que deben ser cubiertas mediante alguna de las restantes modalidades, el empresario puede asumir personalmente las actividades preventivas siempre que concurran determinadas circunstancias: ha de tratarse de empresas que empleen un máximo de diez trabajadores, las actividades preventivas no han de estar incluidas entre los trabajos y actividades consideradas con elevado índice de peligrosidad y riesgo en el Anexo I del RPS, la actividad profesional del empresario persona física ha de desarrollarse habitualmente en el centro de trabajo y la capacidad del empresario debe corresponderse con las funciones preventivas cuyo desarrollo asume.

b') Designación de uno o varios trabajadores. Si no opta por la anterior modalidad o si no tiene la obligación de constituir un servicio de prevención propio o uno o más ajenos, el empresario debe designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa. Los trabajadores designados han de tener la cualificación necesaria para desarrollar dicha actividad de acuerdo con las tres clases de funciones de nivel básico, intermedio y superior reglamentariamente establecidas a este propósito. El empresario asume ciertas obligaciones a fin de allanar su cometido a estos trabajadores, debiendo, a tal efecto, facilitarles la misma información y documentación a la que acceden los representantes unitarios de los trabajadores y poner a su disposición los medios y el tiempo necesarios para el adecuado desarrollo de su tarea preventiva. Con la misma finalidad de favorecer el ejercicio de sus funciones, la norma les atribuye las mismas garantías de que disponen los citados representantes, estando obligados a guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa que conozcan en el desempeño de las referidas funciones.

c') Constitución de un servicio de prevención propio. Con carácter general, el servicio de prevención se define legalmente como «el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados» (art. 31.2 LPRL). El servicio de prevención tiene carácter interdisciplinario, por lo que sus medios han de ser apropiados para cumplir sus funciones. La formación, especialidad, capacitación, dedicación y número de sus componentes, así como sus recursos técnicos, han de ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar, atendiendo para ello a determinadas circunstancias de tamaño de la empresa y tipos y distribución de los riesgos en la misma.

El recurso a un servicio de prevención propio puede ser una opción voluntaria del empresario cuando éste considere que se trata de una modalidad más eficaz para cumplir con su deber de protección en la materia que la ofrecida por las anteriores modalidades. Pero la constitución de dicho servicio viene legalmente obligada en ciertos supuestos relacionados con la dimensión de la plantilla de la empresa (empresas de más de quinientos trabajadores, empresas con plantilla entre doscientos cincuenta y quinientos trabajadores que desarrollen trabajos y actividades consideradas de elevado índice de peligrosidad y riesgo en el Anexo I del RSP) o con los riesgos de la actividad (empresas no incluidas en los supuestos anteriores cuando así lo decida la autoridad laboral en función de la peligrosidad de la actividad o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que ésta opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la misma).

Como subtipo del servicio de prevención propio, la ley prevé los servicios de prevención mancomunados, cuya constitución, ya sea por decisión de las empresas, ya sea por acuerdo adoptado en la negociación colectiva, puede llevarse a cabo entre las empresas que desarrollen de forma simultánea actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial. El principal requisito que este subtipo debe cumplir consiste en la garantía de la operatividad y eficacia del servicio teniendo en cuenta la situación de los distintos lugares de trabajo respecto de la ubicación del servicio.

d') Concertación del servicio de prevención con una entidad especializada ajena. El servicio de prevención ajeno se identifica por la norma como «el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo o ambas actuaciones conjuntamente» (art. 10.2 RSP). El recurso a estos servicios viene obligado por la concurrencia de determinadas circunstancias:

- Insuficiencia de la designación de uno o varios trabajadores e inexistencia de las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio.
- Asunción parcial de la actividad preventiva mediante alguna de las anteriores modalidades.

Las entidades especializadas que actúen como servicio de prevención ajeno deben cumplir ciertos requisitos relacionados con la disposición de organización y los medios personales y materiales necesarios para desempeñar su actividad; la constitución de una garantía que cubra su eventual responsabilidad; la imposibilidad de mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo distintas a las propias de sus funciones preventivas, siempre que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades; y asumir directamente las funciones de asesoramiento y apoyo establecidas legalmente para los servicios de prevención. Como garantía del cumplimiento de estos requisitos, la actuación de estas entidades en calidad de servicios de prevención ajenos estará sometida a la previa acreditación por la Administración laboral, previa aprobación de la Administración sanitaria en lo que se refiere a las materias de su competencia.

Las empresas que no hayan concertado el servicio de prevención con una entidad especializada deben someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa (arts. 30.6 LPRL y 29.2 RSP). Esta auditoría cumple una función distinta a las fiscalizadoras y asesoras que tiene encomendadas la ITSS, ya que se configura como un instrumento de gestión dirigido a valorar la eficacia del

sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa, así como a detectar las deficiencias que puedan provocar incumplimientos de la normativa vigente en esta materia, a fin de posibilitar la adopción de decisiones encaminadas al perfeccionamiento y mejora de dicho sistema (art. 30.1 RSP).

h) Deberes de coordinación

El deber de protección de la seguridad y salud de los trabajadores amplía su ámbito de aplicación a los supuestos de concurrencia de trabajadores de varias empresas o de carácter autónomo en un mismo lugar de trabajo (art. 24 LPRL). A este propósito, se establecen distintos deberes derivados de la necesaria coordinación empresarial en esta materia.

1.º *Un deber de cooperar* en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, exigible a las empresas cuyos trabajadores desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo. Para su cumplimiento, las empresas deben asimismo establecer los medios de coordinación necesarios para la protección y prevención de dichos riesgos, así como para la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores.

2.º *Un deber de información e instrucción*, en cuya virtud el empresario titular del centro de trabajo debe adoptar las medidas necesarias a fin de que los empresarios que desarrollen sus actividades en dicho centro reciban, y trasladen a sus respectivos trabajadores, la información e instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes en el mismo, las medidas de protección y prevención que correspondan, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar.

Estos deberes, junto al deber de cooperar ya señalado, son también aplicables a los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo.

3.º *Un deber de vigilancia*, asignado a las empresas que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y los desarrollen en los centros de trabajo de las primeras. El contenido de dicho deber se ciñe a comprobar por parte de la empresa principal que las empresas auxiliares contratadas o subcontratadas cumplen con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

En el supuesto de que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, pero deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal, ésta debe trasladar a aquéllas la información recibida de los fabricantes, importadores y suministradores en relación con la correcta utilización de dichos instrumentos de trabajo, las medidas preventivas que deban tomarse y los riesgos que comporte el empleo, adecuado o no, de los mismos.

E) Deberes de los trabajadores

Aunque el empresario es el deudor de seguridad y salud respecto de sus trabajadores, éstos no quedan tampoco al margen del cumplimiento de ciertos deberes en la materia (arts. 29 LPRL y 13 Directiva 89/391/CE). Estos deberes se conciben legalmente como complemento de las acciones del empresario (art. 14.4 LPRL), al ser éste el sujeto obligado por el deber general de protección de los riesgos laborales.

Desde ese plano complementario, los deberes de los trabajadores se integran por un deber genérico y otros específicos.

A) *Deber genérico*. Con arreglo al mismo, al trabajador le corresponde velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, así como por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad laboral, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo. Este deber genérico tiene carácter condicional *ex lege*, ya que sus efectos no se producen hasta tanto el empresario cumpla determinados deberes que le incumben (arts. 29.1 LPRL y 1.113 CC). Tal carácter condicional implica supeditar la observancia de dicho deber a dos exigencias legales que corresponde satisfacer al empresario. De un lado, al previo «cumplimiento de las

medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas», y que condicionan las «posibilidades» del trabajador de cumplir a su vez con el mencionando deber genérico. De otro, a la «formación» del trabajador y a «las instrucciones del empresario», exigencias que requieren de éste el cumplimiento del correspondiente deber formativo y el ejercicio de su poder de dirección en esta materia (art. 29.1 LPRL).

B) *Deberes específicos.* En la misma línea de relación instrumental, los deberes específicos del trabajador se subordinan a conductas exigibles al empresario, en concreto a la formación del trabajador y al seguimiento por éste de las instrucciones impartidas por aquél (art. 29.2 LPRL):

a) Deberes relativos a la ejecución de la actividad laboral. Estos deberes comprenden:

- El uso adecuado, conforme a su naturaleza y los riesgos previsibles, de los medios con los que se desarrolle la actividad laboral (máquinas, herramientas, sustancias peligrosas…).
- El uso correcto de los medios y equipos de protección facilitados por el empresario y de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.
- No desactivar y utilizar de forma correcta los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en que la misma se realice.

b) Deber de información. Al trabajador le corresponde informar de inmediato a su superior jerárquico directo, así como a los trabajadores designados para las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, sobre cualquier situación que, a su juicio y por motivos razonables, comporte un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. Adviértase que el riesgo no ha de ser real o efectivo, sino subjetivamente apreciado como tal o como potencial por el trabajador, de acuerdo con un juicio de razonabilidad. Y nótese, asimismo, que, si bien la dicción legal sólo considera a «los trabajadores» como colectivo afectado por el riesgo, basta con que la afectación incida o pueda incidir en uno de ellos para que el deber haya de activarse.

c) Deberes de cooperación. Del cumplimiento de las obligaciones conforme al principio de buena fe pueden derivarse deberes normativos de cooperación, como sucede con los que se imponen al trabajador en esta materia. De un lado, el deber de contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con finalidad protectora de la seguridad y la salud de los trabajadores (por ejemplo, subsanación de deficiencias observadas por la ITSS en determinados equipos de protección). De otro, el deber de cooperar con el empresario a fin de que éste pueda garantizar condiciones de trabajo exentas de riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

3. Responsabilidades

Del incumplimiento de los deberes que plasma la normativa de seguridad y salud en el trabajo brota un conjunto de responsabilidades, de naturaleza pública y privada. La LPRL focaliza en el empresario las responsabilidades administrativas, civiles y penales originadas por el incumplimiento de sus obligaciones en dicha materia (art. 42.1), al corresponderle legalmente satisfacer la deuda de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, aun ocupando el empresario esa principal posición deudora y de consiguiente responsabilidad, ésta se amplía también a otros sujetos obligados por aquella normativa.

A) De naturaleza pública

a) Responsabilidad administrativa

a') Genérica

De modo genérico, se consideran infracciones laborales de carácter administrativo en materia de prevención de riesgos laborales «las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan

las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley» (art. 5.2 LISOS). Esta responsabilidad no se circunscribe sólo a los empresarios titulares del centro de trabajo, sino que comprende a otros sujetos: empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, promotores y propietarios de la obra, empresas auditoras del sistema de prevención de riesgos laborales, entidades acreditadas para realizar formación en la materia y trabajadores por cuenta propia [Capítulo 22, II, 2, B)].

Atendiendo a su entidad y efectos, las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves (arts. 11 a 13 LISOS). La autoridad laboral o de Seguridad Social competente aplica las correspondientes sanciones (art. 48.2 y 5 LISOS), siendo la multa la sanción más común y reservándose para supuestos de excepcional gravedad la posibilidad de que dicha autoridad, estatal o autonómica, acuerde la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo, sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan (art. 53 LPRL). Por vía complementaria, se pueden acordar limitaciones a la facultad de contratar con la Administración Pública cuando se trate de la comisión de delitos o de infracciones administrativas muy graves, aplicándose a estos efectos la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (art. 54 LPRL). Como sanción accesoria se contempla la cancelación de la acreditación concedida a las entidades que realicen actividades preventivas, de auditoría y de formación en la materia (art. 49.2 LISOS). La prescripción de las infracciones y la graduación y prescripción de las sanciones se estudian en el correspondiente lugar (Capítulo 22, II, 2 y 4).

b') Específica en el ámbito de la Seguridad Social

Junto a la anterior responsabilidad administrativa, en este mismo ámbito y de modo específico la infracción de la normativa de seguridad y salud en el trabajo es susceptible de provocar responsabilidad ante la Seguridad Social. La misma surge en los supuestos de accidentes de trabajo derivados de la infracción de las normas en esta materia.

Un primer supuesto se refiere al incumplimiento de las decisiones de la ITSS y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no observen las normas de seguridad e higiene en el trabajo dando lugar a un accidente de trabajo. En tal caso, dicho incumplimiento, al margen de cualquier otra responsabilidad o sanción a que haya lugar, se equipara «a falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados» (art. 195 LGSS), lo que provoca la responsabilidad directa de la empresa respecto del pago a los mismos de las prestaciones legalmente reconocidas (arts. 126 y concordantes LGSS).

El segundo supuesto se inscribe en el denominado recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que «se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100» cuando la lesión se cause bien por carencia, inutilización o deficiencia de los dispositivos precautorios reglamentarios deben proveerse a los medios de producción (por ejemplo máquinas o instalaciones), bien por inobservancia de las medidas en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 123.1 LGSS). Aunque no existe acuerdo doctrinal, no es dudoso que la naturaleza jurídica del recargo es la de sanción pública (SSTS 12-2-1994, 20-3-1997 y 11-3-1997), guiada por una finalidad de reforzamiento preventivo en esta materia. Este carácter sancionador, y la inviabilidad de considerar el recargo como una prestación de la Seguridad Social, permiten calificarlo adecuadamente como cláusula penal de origen legal, conforme lo evidencia la imposibilidad de su aseguramiento, compensación o transmisión, la graduación del porcentaje de incremento de las prestaciones económicas en función de la gravedad de la infracción o la inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia del empresario infractor.

La responsabilidad que el recargo encauza es independiente y compatible con las de todo orden, administrativo, civil y penal que puedan derivarse de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 42.3 LPRL y 123.3 LGSS), lo que enlaza, asimismo, con la naturaleza sancionadora del recargo y su finalidad, mediante la que «Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cum-

plimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente» (STS 2-10-2000).

La mencionada compatibilidad de responsabilidades no impide que la declaración de hechos probados y recogidos en sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, sea vinculante para el orden social de la jurisdicción por lo que se refiere al mencionado recargo (art. 42.4 LISOS). Regla que plasma la doctrina constitucional sobre el principio de seguridad jurídica que, entre otras consecuencias, impide pronunciamientos judiciales contradictorios respecto de la existencia del material fáctico que sustenta la pretensión en el proceso, puesto que «es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (SSTC 77/83 y 151/2001). Doctrina matizada en el plano de la interpretación, en el sentido de que unos mismos hechos pueden apreciarse de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales «cuando la determinación de los mismos exija una previa calificación jurídica…» y «el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que se aparta de aquella primera calificación» (STC 26/2008).

b) Responsabilidad penal

La vida y la salud de los trabajadores delinea un bien jurídico protegido por el ordenamiento penal. A su tutela dedica este ordenamiento dos tipos delictivos especiales.

El primero de ellos configura un tipo de comisión culposa a título de dolo, en cuya virtud «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses» (art. 316 CP). Sujetos activos del tipo son los legalmente obligados al cumplimiento de las citadas normas, esto es, «todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho» (STS, 2.ª, 16-6-1992). La conducta tipificada obedece a la de omisión impropia, ya que a la acción típica establecida en términos negativos («no faciliten los medios necesarios») se vincula un determinado efecto («pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física»), no bastando por consiguiente la mera conducta omisiva para integrar la acción.

El segundo tipo delictivo incrimina la comisión imprudente de carácter grave, sancionándola con la pena inferior en grado a la fijada para el precedente delito doloso (art. 317 CP). Si a la imprudencia del empresario se une en paralelo la del propio trabajador, la del primero puede verse atenuada.

La consumación del peligro grave que estos delitos incriminan, ya sea con dolo o con imprudencia grave, puede generar un resultado lesivo para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. En tal caso, existirá un concurso ideal de delitos entre el de peligro común que contemplan los delitos examinados y el delito de resultado lesivo, ya sea de homicidio (art. 138 CP), ya sea de lesiones (art. 147 CP), que debe resolverse con las reglas de exasperación y acumulación contenidas en el artículo 77 CP.

B) De naturaleza privada

a) Responsabilidad civil

De modo específico, el artículo 42 LPRL viene a reiterar reglas del ordenamiento común acotando la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que deriven del incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. El acotamiento es insuficiente tanto porque en la estructura jerárquica de la empresa otras personas tienen atribuidas obligaciones en esta materia de

cuyo incumplimiento deben asimismo responder civilmente, como debido a que a los propios trabajadores se les puede exigir esta responsabilidad por inobservancia de las obligaciones que les incumben en la susodicha materia.

De acuerdo con las reglas del ordenamiento común, la obligación de resarcir el daño producido en materia de prevención de riesgos laborales puede derivar de dos clases de contravenciones. Por un lado, de la comisión de un ilícito penal en dicha materia (arts. 1.092 CC y 109.1 CP), siendo posible en este caso exigir la responsabilidad civil conjuntamente con la penal en el mismo proceso de esta naturaleza (art. 742 LECr.) y conforme a las reglas contenidas en los artículos 109 a 126 CP, o bien hacerlo ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP). Con arreglo a la normativa penal, la obligación de resarcimiento comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP), que, junto a los causados al trabajador, incluye asimismo los que se hayan irrogado a sus familiares o a terceros (art. 113 CP).

Por otro lado, la referida obligación puede provenir de la realización de un ilícito civil. En este supuesto la responsabilidad civil puede tener carácter contractual o extracontractual. La responsabilidad contractual es exigible «a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas» (art. 1.101 CC), encontrándose el empresario en este ámbito subjetivo como consecuencia de su deber contractual de proteger al trabajador frente a los riesgos laborales (arts. 14.1 LPRL y 19.1 ET). La responsabilidad extracontractual o aquiliana surge ante el genérico deber *neminem laedere*, que excluye la conducta lesiva hacia los otros, obligando a reparar el perjuicio causado al que «por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia» (art. 1.902 CC). Esta obligación incluye directamente al empresario por el incumplimiento de sus obligaciones preventivas frente a terceros [arts. 21.1.*c*), 25.1 y 29 LPRL], así como a «los dueños y directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1.903.4.º CC), como consecuencia de la responsabilidad *in contrahendo* e *in vigilando* que el empresario asume en virtud del contrato de trabajo. En este segundo supuesto, el empresario que paga el daño causado a un tercero por sus trabajadores puede reclamarles lo que haya satisfecho (art. 1.904.1.º CC).

Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la obligación de resarcir el daño comprende su cumplimiento *in natura* mediante la reparación o sustitución de lo indebidamente hecho u omitido, o bien mediante su equivalente indemnizando el daño producido. Pero en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, como quiera que aquella reparación o sustitución ya viene exigida en vía administrativa ante el incumplimiento de la normativa en la materia, la responsabilidad civil se ciñe a la indemnización de daños y perjuicios que, cuando de tal incumplimiento se deriva un accidente de trabajo, «deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acredite sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social» (SSTS 17-2-1999 y 2-10-2000).

b) Responsabilidad disciplinaria

El incumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos (art. 29 LPRL), puede acarrear sanciones de carácter laboral leves, graves o muy graves atendiendo a la entidad de la infracción cometida, con sujeción a los principios que limitan el ejercicio de poder disciplinario empresarial [Capítulo 5, II, 3, A)] y conforme a la concreta graduación de faltas y sanciones que el convenio colectivo puede establecer, sin crear nuevos tipos, con fundamento genérico en el artículo 58 ET y específico aquí en el artículo 2.2 LPRL.

Modificando el criterio manteniendo en la anterior legislación y rehusando por tanto ejercer la potestad sancionadora administrativa sobre ciertas conductas del trabajador, la LPRL sitúa los incum-

plimientos de los trabajadores respecto de sus obligaciones en esta materia en el ámbito de la relación de trabajo, lo que viene a confirmar el carácter estrictamente contractual de dichas obligaciones.

III. PRESUPUESTO ATRIBUTIVO: CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

1. Concepto y caracteres

El ordenamiento laboral vigente no suministra de forma expresa una definición genérica de la clasificación profesional, aunque sí la contempla en su doble vertiente, objetiva y subjetiva, en el artículo 22 ET. Ello no impide que la figura haya concitado tradicionalmente la atención del legislador laboral, de la jurisprudencia y de la doctrina científica, teniendo en cuenta que se trata de una de las piezas clave sobre las que pivota la relación individual de trabajo. De ese conjunto regulador, aplicativo y analítico, puede extraerse el concepto del instituto, considerándolo como la técnica normativa de determinación de las funciones que habitualmente corresponden a una ocupación laboral, en cuya virtud se establece la posición jurídica del trabajador en la empresa. Esta definición doctrinal encierra los rasgos básicos de la figura.

A) Determinación de las funciones

La prestación de servicios a que se compromete el trabajador en el contrato de trabajo no es genérica e indeterminada. Por el contrario, mediante ese negocio contractual el trabajador se obliga a realizar una determinada prestación, que se manifiesta en el desempeño de un conjunto de funciones, al margen de que todas ellas sean efectivamente realizadas en la ejecución del contrato. Una de las formas tradicionales de acotar esa agrupación funcional, que llega hasta nuestros días, consiste en el establecimiento de la *clasificación profesional objetiva*, definitoria del esquema normativo general y predeterminado de los perfiles profesionales que han de regir en la unidad productiva de que se trate. El artículo 22.1 ET se refiere a esta primera fase objetiva de la clasificación profesional para establecer las fuentes de su fijación y determinar, al tiempo, los módulos profesionales mediante los cuales el sistema objetivo clasificatorio habrá de establecerse.

De forma complementaria, en la vigente normativa laboral la determinación de las concretas funciones que corresponde al trabajador contratado se efectúa mediante el mecanismo específico de la *clasificación profesional subjetiva*. Con arreglo al mismo y en el marco de la clasificación profesional objetiva preestablecida, se especifica el objeto de la prestación laboral convenida en cuanto elemento esencial del contrato de trabajo (art. 1.261 CC), asignándose al trabajador un grupo profesional y estableciéndose como contenido de la prestación laboral objeto de dicho contrato «la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas» (art. 22.5 ET conforme a la LEMURMEL). El derecho a la clasificación profesional subjetiva que el artículo 22.5 ET configura, queda acentuadamente afectado en su contenido por la supresión de la categoría profesional en la reforma laboral de 2012 [*infra* 2, C)]. Esta ablación es coherente con la transcrita y amplísima posibilidad legal de acordar en el contrato de trabajo la polivalencia funcional, así como de aplicar el criterio cuantitativo de la prevalencia, en cuya virtud «Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo» (art. 22.5 ET conforme a la LEMURMEL). Mediante la aplicación de este criterio, la reforma deroga el criterio cualitativo de la preeminencia, más beneficioso para la posible promoción profesional del trabajador en el caso de polivalencia funcional, y con arreglo al cual la clasificación correcta en estos casos es la que corresponda a la categoría superior desempeñada, sin consideración del tiempo al que se extienda tal desempeño.

Con todo, la asignación de referencia se configura como una obligación empresarial derivada del derecho subjetivo a la clasificación profesional que, conexo al contrato de trabajo, esgrime el trabajador. Aun-

que de forma explícita no lo recoja, no es dudoso que el artículo 22.5 ET instaura tal derecho, dado que la clasificación profesional subjetiva ha de existir en todo caso («se asignará», en la imperativa dicción del art. 22.5 ET conforme a la LEMURMEL) y ha de instrumentarse de modo necesario en virtud de pacto con el empresario, lo que significa que el trabajador ostenta el derecho a ser clasificado profesionalmente, cualquiera que haya sido la fuente de fijación del sistema clasificatorio objetivo. Corrobora, por lo demás, la existencia del citado derecho la obligación empresarial de informar por escrito al trabajador de la categoría o grupo profesional que corresponda al puesto de trabajo que éste desempeñe o la caracterización o descripción sintética del mismo, en términos que permita conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo, cuando esta información no figure ya en el contrato de trabajo formalizado [arts. 8.5 ET y 2.2.*d*) RDELES], teniendo en cuenta que, con la nueva redacción del artículo 22.5 ET, dicha obligación sólo afecta al grupo profesional, sin perjuicio del período de adaptación al nuevo sistema clasificatorio subjetivo de que disponen los convenios colectivos.

Por otra parte, la exigencia de que se determine la prestación de servicios debida y, de este modo, se especifique el objeto del contrato de trabajo no sólo salvaguarda la validez del negocio contractual. Al tiempo tutela, en primer lugar, la libertad profesional de trabajador constitucionalmente reconocida en el artículo 35.1 CE, puesto que el derecho a la libre elección de profesión u oficio quedaría invalidado si el trabajador desconociese en el momento de contratar su prestación qué tipo de actividad pone a disposición del empleador y, por tanto, si no pudiera valorar de modo suficiente si el trabajo ofrecido guarda o no correspondencia con su cualificación profesional. En segundo lugar, también protege, de modo reflejo, las pretensiones procesales relativas a la clasificación profesional (arts. 137 y 80 LJS), habiéndose subrayado la vinculación que posee la acción entablada a través del procedimiento de clasificación profesional del artículo 137 LJS con el derecho a la promoción a través del trabajo que el ar-tículo 35.1 CE consagra (STC 20/1993).

B) Habitualidad de las funciones

Las funciones convenidas por las partes en el contrato de trabajo suelen coincidir con las que el trabajador desempeña, cuando menos en su contenido básico. Pero esa correspondencia no siempre existe, puesto que no es infrecuente que se produzcan discordancias derivadas de la triple clasificación material que de las funciones puede establecerse: las *funciones subjetivas o precontractuales* (conjunto de aptitudes, conocimientos y experiencias profesionales que posee el trabajador antes de celebrar el contrato de trabajo), *las funciones contractuales* (las acordadas entre el empresario y el trabajador al celebrar el contrato de trabajo) y *las funciones reales* (las efectivamente desempeñadas durante la ejecución del contrato).

La falta de correspondencia entre las funciones pactadas y las funciones efectivamente desarrolladas, permite reclamar al trabajador afectado la adecuada clasificación profesional. Esta reclamación se articula por dos vías procesales. De un lado, por la vía de la modalidad procesal especial de la «Clasificación profesional» regulada en el artículo 137 LJS, cuyo ámbito material se ciñe únicamente a las pretensiones que versen sobre los ascensos, esto es, sobre la movilidad funcional vertical ascendente contemplada en el artículo 39.4 ET. De otro lado, por la vía del proceso laboral ordinario (arts. 80 ss. LJS), que canaliza las restantes pretensiones relativas a la clasificación profesional, tales como la determinación de las categorías equivalentes, la correlación de la categoría profesional con los niveles retributivos o los supuestos litigiosos de polivalencia funcional.

La referida falta de correlación funcional, puede derivar, por otra parte, de la decisión del empresario de modificar unilateralmente las funciones del trabajador, asignándole bien una equivalente, bien una inferior o superior. Cuando esta facultad empresarial se ejerce alterando de modo no sustancial el objeto de la prestación laboral, el empleador se desenvuelve en el marco del *ius variandi* común y, más concretamente, de la movilidad funcional, ya sea ordinaria ya extraordinaria. Si, por el contrario, la alteración unilateral por el empresario de aquel objeto tiene carácter esencial, la puesta en práctica de este *ius variandi*

especial exige con carácter previo el acuerdo entre empresario y trabajador o, en su defecto, la sujeción al procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en el artículo 41 ET o a las reglas que con tal finalidad se hayan establecido en convenio colectivo (art. 39.5 ET), debiendo entenderse prioritario el instrumento convencional en esta vía supletoria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.203 CC.

C) Delimitación de la posición jurídica del trabajador en la empresa

La asignación al trabajador de unas determinadas funciones merced a su clasificación profesional subjetiva, comporta al tiempo fijar la posición jurídica de aquél en la empresa durante la vigencia del contrato de trabajo. Esa determinación posee una doble virtualidad. De un lado, permite delinear el objeto y el contenido de la relación contractual, así como los derechos y obligaciones conexos a esos elementos (tales como, el período de prueba, la retribución o la promoción profesional), afectando asimismo a la cotización y prestaciones de la Seguridad Social y al ejercicio de los derechos de representación colectiva (STC 20/1993). De otra parte, limita el ordinario ejercicio de los poderes empresariales de organización y dirección a fin de especificar la prestación convenida, y, en consecuencia, permite determinar el lícito ejercicio del *ius variandi*.

2. Evolución del sistema clasificatorio subjetivo

Al igual que sucede con el conjunto de figuras e instituciones del ordenamiento del trabajo, la regulación jurídica de la clasificación profesional está condicionada por la realidad social objeto de normación. Supeditados al contexto social, el nacimiento y los principales hitos que ha experimentado la evolución jurídica general de dicha figura ofrece un panorama pendular, oscilando entre la determinación más o menos minuciosa de las categorías profesionales y su paulatina desaparición.

A) Nacimiento y auge de las categorías profesionales

El establecimiento de diferentes ocupaciones y profesiones, tal como hoy las conocemos, hunde sus raíces en las sociedades preindustriales (esclavista y feudal), de la mano de la progresiva división social y técnica del trabajo. Esta parcelación de tareas encuentra en el régimen de trabajo de los gremios medievales un punto de inflexión con la técnica artesanal y el consiguiente dominio de un amplio abanico de oficios que incluyen un conjunto pormenorizado de cometidos. Pero hasta el advenimiento de la sociedad industrial y del modo de producción capitalista no puede hallarse propiamente una minuciosa y generalizada división técnica del trabajo, que conlleva la introducción en las unidades fabriles de un elenco cada vez mayor de categorías profesionales y que constituirá la peana sustentadora del incremento de la productividad, al socaire del decisivo y paulatino proceso de mecanización auspiciado por la Revolución Industrial.

Acompañando al sustrato material propiciado por la mecanización, la expansión del encuadramiento del trabajo dependiente en categorías profesionales tiene lugar en el marco ideológico del liberalismo jurídico. En este marco, la determinación del objeto y del contenido de la prestación laboral dependiente obedece al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la constitución y desarrollo de la relación contractual de trabajo. La aplicación de este principio jurídico conlleva una acusada indeterminación del objeto de la prestación laboral contratada, puesto que las normas civiles sólo contienen referencias genéricas a determinados tipos de ocupaciones o cometidos. Es el caso del artículo 1.586 CC, que, al regular el trabajo asalariado bajo la cobertura formal del arrendamiento de servicios, alude a los «criados de labranza», «menestrales», «artesanos» «y demás trabajadores asalariados»; de los artículos 173 a 202 CCo, que se ocupan del trabajo prestado a un comerciante por «factores, mancebos y gerentes», o bien del artículo 24 del Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926, que se refiere al «obrero, empleado o de-

pendiente». De este modo, se produce una clara divergencia entre la indeterminación de aquel objeto y la extrema concreción material, esto es, práctica, de las funciones desempeñadas, lo que acrecerá el poder directivo del empresario en orden a especificar a su albedrío el objeto de la prestación laboral contratada a lo largo de su ejecución.

La amplia autonomía individual que durante el auge y desarrollo del liberalismo poseen las partes, en el arrendamiento de servicios primero y más tarde en el contrato de trabajo, va a ir cediendo terreno como consecuencia de la paulatina admisión del principio de heteronomía en la regulación de las relaciones laborales y, en cuanto aquí interesa, de la mayor concreción que va adquiriendo la determinación del perfil profesional del trabajador a través de las categorías. Así, las Bases de Trabajo, emanadas de los comités paritarios de la dictadura primorriverista y de los jurados mixtos durante la II República, constituyen expresión destacada de esta tendencia, si bien la fijación de los contenidos funcionales de las categorías se realiza en estos momentos atendiendo más a criterios subjetivos que a la objetiva descripción de tareas. Acentuando el proceso de consolidación de las categorías profesionales y atendiendo a razones económicas (incremento de la productividad), jurídicas (ordenación sectorial de la actividad productiva y exigencia de expresar la clase de trabajo objeto del contrato conforme al art. 16 LCT) y sociológicas (evitar la aglutinación del interés colectivo mediante la diversificación de categorías), las Reglamentaciones de Trabajo y OL, dictadas bajo la cobertura de la Ley de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo de 16 de octubre de 1942, darán cobijo a un marcado desarrollo de aquella figura clasificatoria, tanto cuantitativa como cualitativamente, pues al elevado número de categorías profesionales se suma una descripción extremadamente detallada de las funciones que su desempeño comporta.

B) Relativización de las categorías profesionales

El marcado florecimiento de los extensos y detallados catálogos de categorías profesionales contenidos en las OL colidirá más adelante con las tendencias flexibilizadoras de la relación de trabajo que comienzan a apuntar a mediados de la década de los setenta y, en particular, con las que afectan a la organización del trabajo en la empresa. Estas tendencias quedarán ya reflejadas en el RDLRT, que, al abrigo de la liberalización de dichas relaciones, inaugura el proceso de sustitución de las OL por los convenios colectivos (art. 29), así como el carácter subsidiario de dichas normas reglamentarias respecto de los instrumentos convencionales (art. 28). Proceso que la versión inicial del ET (1980) vendrá a confirmar e impulsar al calificarse las OL en vigor como derecho dispositivo hasta tanto no fueran sustituidas por convenio colectivo (Disp. Trans. 2.ª1.º) y que recibirá un indirecto refuerzo al considerarse por la doctrina y la jurisprudencia que el grupo profesional, y no la categoría, actuaba como límite al ejercicio de la movilidad funcional (art. 39 ET-1980). Con ello, no sólo se ensanchaba notablemente el *ius variandi* del empleador. Al tiempo, se debilitaba indirectamente la utilización de la categoría como mecanismo de encuadramiento profesional de los trabajadores.

El proceso relativizador de las categorías profesionales como módulo de encuadramiento profesional de los trabajadores logra una elevada cota de intensidad con la reforma que del ET lleva a cabo la LRET. Las técnicas normativas utilizadas en esta norma son también las que guían la amplia y profunda reforma laboral que la misma lleva a cabo: la potenciación de la negociación colectiva y la flexibilización de la relación individual de trabajo.

El impulso de la negociación colectiva mediante la LRET afecta a la relativización de las categorías profesionales, dado que uno de los objetivos de esta reforma legal estriba en dar cima al proceso de sustitución de las OL por los convenios colectivos. Objetivo que aquella norma no pudo alcanzar de modo autosuficiente, al necesitar el término fijado en la misma de prórroga legal hasta el 31 de diciembre de 1995 (OM de 28-12-1994), así como de la mediación del ACV suscrito con una vigencia de cinco años a partir del 1 de enero de 1998, a fin de integrar la inexistencia, en determinados sectores, de convenio colectivo sustitutorio de las OL derogadas. El logro de aquel objetivo discurre por un laborioso itinerario que por

fin culminará el 19 de mayo de 2005, una vez que el acuerdo marco estatal para el sector de limpieza de edificios y locales adoptado en esa fecha venga a sustituir la última OL vigente.

Por otra parte, el eclipse de la categoría profesional vino también facilitado por el tratamiento más flexible que recibió la clasificación profesional con la LRET en el marco general flexibilizador de la relación individual de trabajo que esta norma encara, así como por el paralelo fortalecimiento del grupo profesional. En este sentido, el reformado artículo 22 ET contendrá las manifestaciones señeras de ese tratamiento: el establecimiento de un doble sistema de clasificación profesional que puede articularse «por medio de categorías o grupos profesionales»; la posibilidad de que en el sistema de clasificación profesional establecido por la negociación colectiva el grupo profesional se estructure bien sobre el diseño de funciones o especialidades y categorías profesionales, bien únicamente sobre uno de esos dos módulos de encuadramiento, pudiendo prescindir por consiguiente de la clasificación por categorías; y, en fin, la recepción legal del pacto de polivalencia, cuyo alcance se amplía en ese plano legal al admitirse la posibilidad de que mediante el mismo se simultaneen funciones no sólo de dos o más categorías, sino de dos o más grupos.

La negociación colectiva, en función de su ámbito aplicativo, ha reflejado con distinta intensidad los criterios introducidos en esta materia por la LRET. En el ámbito interconfederal, la orientación legal favorecedora del grupo profesional en menoscabo de la categoría como sistema clasificatorio objetivo se plasma, de modo principal, en tres instrumentos derivados de la autonomía colectiva que, aun abrigando finalidades diversas, potencian aquella orientación. El ACV, de un lado y bajo el objetivo de integrar subsidiariamente las carencias regulativas derivadas de la entonces inacabada sustitución convencional de las OL, se decanta decididamente por los grupos profesionales como sistema clasificatorio objetivo, estableciendo los criterios de identificación de los mismos mediante la combinación de ciertos factores de encuadramiento (conocimientos, experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando y complejidad) y niveles de formación (arts. 6.2 y 7.1 y 2), posibilitando la inclusión de áreas funcionales en el interior de cada grupo (art. 7.3) y, en fin, configurando tan sólo como potestativa la inclusión de las «viejas categorías» —en la expresión utilizada por el artículo 7.3 ACV— en el marco de los grupos y, en su caso, de las áreas funcionales.

Un segundo instrumento, el AINC-1997, muestra de forma más contundente aún el objetivo de los negociadores de cancelar el sistema clasificatorio basado en las categorías profesionales. Obediente a la finalidad de racionalizar la estructura de la negociación colectiva y evitar su atomización, el AINC 1997 declara su pretensión de que los convenios que se sometan a su ámbito funcional de aplicación puedan «sustituir las categorías profesionales por grupos profesionales», en cuyo marco también se podrán establecer «divisiones en áreas funcionales» (art. 3).

Este proceso de difuminación de la categoría profesional recibe un notable impulso, en tercer lugar, con el AINC-2007. En el mismo se sostiene que los convenios colectivos permiten tratar, entre otros aspectos orientados en la dirección de potenciar un empleo más productivo a través de la cualificación de los trabajadores, «La clasificación profesional y las estructuras profesionales basadas en grupos y, cuando proceda dentro de éstos, en áreas funcionales, estableciendo los procedimientos adecuados de adaptación entre los sistemas tradicionales y los nuevos» (Capítulo V, 3). Como referentes orientadores para fijar la clasificación profesional, el AINC-2007 remite a los niveles de cualificación contemplados en el SNCFP y en los grupos que establece el propio ACV.

C) *Supresión de las categorías profesionales*

La culminación del proceso relativizador se alcanza con la LEMURMEL, que propina el golpe de gracia a la categoría profesional, suprimiéndola como criterio de clasificación profesional, reducido ahora al grupo profesional, entendiéndose por tal «el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación», que «podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador» (art. 22.1 y 2 ET conforme a la

LEMURMEL). Los convenios colectivos en vigor disponían del plazo de un año a partir del 8 de julio de 2012 para adaptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico derivado de la referida supresión (Disp. Adic. 9.ª LEMURMEL). Se rendía así tributo a las nuevas formas de organización del trabajo, que modifican la clásica división técnica del trabajo mediante un nuevo sistema de distribución funcional de tareas en el que la categoría profesional cede por completo su protagonismo en favor de los equipos o grupos funcionales, dotados de una mayor movilidad interna y de una menor adscripción al puesto de trabajo. Proceso que, a su vez, incide en la división social del trabajo y en el fortalecimiento de la estructura jerárquica de la dirección de la empresa, evidenciándose de nuevo el intenso condicionamiento de la norma laboral por las relaciones sociales de producción.

3. No discriminación por razón de sexo en materia clasificatoria

Con carácter formalmente novedoso en el marco del ET, la reforma de la clasificación profesional llevada cabo por la LRET introdujo la prescripción de que los criterios definitorios de las categorías y grupos profesionales debían acomodarse a las reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo (art. 22.4 ET). Con apoyo del mandato contemplado en el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, este precepto se modifica con posterioridad por la LEMURMET en un sentido más aclaratorio que de real cambio de significación, de modo que ahora se exige el ajuste de la definición de grupos y categorías profesionales «a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres» (Disp. Adic. 11.ª).

Sin perjuicio de la indudable relevancia que reviste el principio de no discriminación por razón de sexo en esta materia, la regla estatutaria es ociosa, pues nada nuevo añade al principio constitucional de interdicción de la discriminación recogido en el artículo 14 CE y a su vertiente laboral contemplada en el artículo 17.1 ET. Su incorporación al texto estatutario traduce, más en el plano ético que en el jurídico, la justificada preocupación del legislador ante la discriminación indirecta derivada de la feminización de las categorías a la hora de evaluar las tareas y de diseñar el perfil profesional de las ocupaciones laborales, aunque el precepto acoja, desde luego, las discriminaciones de esta naturaleza que afecten tanto a las trabajadoras como a los trabajadores. Muestra de esta preocupación, ahora con alcance innovador, es la regulación contenida en la LOI, abriendo la posibilidad de que los planes de igualdad que la negociación colectiva está facultada u obligada, según los casos, a elaborar, puedan contemplar, entre otras materias, la clasificación profesional (art. 46.2), con la finalidad de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo (art. 46.1).

BIBLIOGRAFÍA

I. Presupuesto cognitivo: el sistema de formación profesional

AAVV: *La formación profesional continua en España*, Madrid, 1994.

Aguilera, Izquierdo, R.; Cristóbal Roncero, R., y García Piñero, N. P.: *El régimen jurídico de la formación continua*, Pamplona, 2005.

Casas Baamonde, M. E.: «Formación y estabilidad en el empleo: la formación continua y su "función preventiva"», *Relaciones Laborales*, n.º 24/1992.

—: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 89/1998.

Martín Puebla, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, Madrid, 1998.

—: *El Sistema de Formación Profesional para el Empleo*, Lex Nova, 2009.

Martínez Abascal, V. A., y Rojo Torrecilla, E.: «El tratamiento legal, jurisprudencial y convencional del derecho a la educación en la esfera de la relación de trabajo», *Revista Técnico Laboral*, n.º 53/1992.

Mato Díaz, F. J.: *La formación para el empleo: una evaluación cuasiexperimental*, Madrid, 2002.

Mirón Hernández, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Madrid, 2000.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario», en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y Martín Valverde, A. (eds.): *Contrato de trabajo y formación profesional* (V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo), Madrid, 1987.

Rojo Torrecilla, E.: «Estabilidad y formación: dos caras de una misma moneda (contra lo que algunos piensan)», en Rodríguez Ramos, M. J. (ed.): *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, Sevilla, 1991.

Sala Franco, T.; Pedradas Moreno, A., y Lleó Casanova, B.: *La formación profesional continua de los trabajadores en la empresa*, Valencia, 2005.

Valdés de la Vega, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Madrid, 1997.

II. Presupuesto preventivo: la seguridad y la salud en el trabajo

AAVV: «Aspectos jurídicos de la prevención de riesgos laborales», *RMTAS*, n.º 53/2004.

Alli, B. O.: *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo* (Informes de la OIT), Madrid, 2002.

Alonso Olea, M.: «El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia», *REDT*, n.º 5/1981.

Aparicio Tovar, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y seguridad en el trabajo», *REDT*, n.º 49/1991.

Casas Baamonde, M. E.; Palomeque López, M. C., y Valdés Dal-Ré, F.: *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997.

García Murcia, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 1998.

González Díaz, F. A.: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002.

González Ortega, S.: «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», *RPS*, n.º 121/1979.

González Sánchez, J. J.: *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Madrid, 1997.

Gutiérrez-Solar Calvo, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 1999.

Igartua Miró, M. T.: *La obligación general de seguridad*, Valencia, 2000.

López Ahumada, J. E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Madrid, 2010.

Martín Hernández, M. L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2006.
Martínez Barroso, M. R.: *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos*, Albacete, 2006.
Martínez Fons, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, 2002.
Mendoza Navas, N.: *Prevención de riesgos laborales: la regulación convencional*, Albacete, 2007.
Miñarro Yanini, M.: *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, Madrid, 2022.
Moreno Márquez, A.: *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002.
Palomeque López, M. C.: «Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución», en AAVV: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980.
Purcalla Bonilla, M. Á.: *Autonomía colectiva y prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1998.
Quesada Segura, R.: *La autonomía colectiva en la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, 1997.
Rodríguez Izquierdo, R., y Burriel Rodríguez, P.: *La prevención de riesgos laborales en la temporalidad*, Granada, 2010.

III. Presupuesto atributivo: la clasificación profesional

Alarcón Caracuel, M. R.: «La clasificación profesional y la movilidad funcional», en AAVV: *Nuevo marco de las relaciones Laborales*, Barcelona, 1995.
Alemán Páez, F.: *El encuadramiento profesional*, Madrid, 1995.
Almendros González, M. A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, 2002.
Casas Baamonde, M. E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *REDT*, n.º 89/1998.
Cuenca Alarcón, M.: *La determinación de la prestación de trabajo. Clasificación profesional y trabajo convenido*, Madrid, 2006.
Martínez Abascal, V. A.: «El Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos (III): sistema de clasificación profesional y movilidad funcional», en Monereo Pérez, J. L. (coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*, Granada, 1999.
—: «Clasificación profesional», en AAVV: *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Pamplona, 2009.
Ojeda Avilés, A. (1988): «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo, *Relaciones laborales*, n.º 3/1988.
Román de la Torre, M. D.: «Clasificación profesional y movilidad funcional», en Valdés Dal-Ré, F. (dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994.
Vinuesa Aladro, A.: *La clasificación profesional*, Madrid, 1978.

CAPÍTULO 10:
CALIDAD DEL EMPLEO:
TIEMPO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO

I. JORNADA DE TRABAJO

1. Concepto y evolución

Como ya se estudió [Capítulo 6, I, 1, A)], la duración del contrato de trabajo pretende acotar el período de vigencia de la relación contractual de trabajo. De forma más restringida, la duración de la prestación laboral se dirige a establecer los límites temporales dentro de los que la misma debe realizarse. De ello se ocupa, en primer término, la jornada de trabajo y, en segundo lugar, el horario de trabajo.

La jornada de trabajo es el período de tiempo durante el cual el trabajador ha de prestar sus servicios como pago de su deuda de actividad (STS 6-3-2000), puesto que éste no debe un tiempo de trabajo genérico, sino el trabajo prestado durante cierto tiempo. Así, la jornada de trabajo acota los límites temporales dentro de los que es exigible aquella prestación, esto es, el tiempo de trabajo objeto del contrato. Este carácter limitativo de la jornada de trabajo es consustancial a su concepto. Revela, en efecto, que, al margen de aquellos supuestos en los que la cualificación profesional del trabajador le obliga a intervenir aunque no esté prestando servicio dentro de su jornada de trabajo (por ejemplo, personal sanitario o de seguridad), la puesta a disposición de la fuerza de trabajo no es ni puede ser permanente, pues la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad impiden esa exclusividad temporal. No ha de extrañar, por ello, que la jornada de trabajo figure entre los elementos esenciales del contrato de trabajo de los que el trabajador ha de tener cumplida información por escrito [art. 2.2.*f*) y *g*) RDELES].

La evolución normativa general de las jornadas de trabajo se caracteriza por una limitación paulatina de su duración, mediante la fijación de jornadas máximas de trabajo. Esta evolución limitativa constituye uno de los principales objetivos que tradicionalmente y hasta nuestros días ha abanderado el movimiento obrero y sindical, en cuanto factor básico de la dignificación del trabajo, de su positiva incidencia en la calidad de éste y de la mayor disponibilidad de tiempo no contratado laboralmente que tal limitación comporta. Dicha evolución no ha sido desde luego ni rápida ni fácil, ya que la obtención de la plusvalía derivada de la prestación de trabajo se ha basado durante amplios períodos en la realización de largas y extenuantes jornadas, cuya progresiva limitación no se ha debido básicamente a razones altruistas sino a la mejora de la productividad que han aportado las máquinas y el desarrollo de nuevas tecnologías y métodos de trabajo. Ello ha evidenciado el error de las tesis sustentadas en su momento por el liberalismo económico —y aplicadas todavía en buena parte de los países con menor índice de desarrollo socioeconómico— invocando la disminución del beneficio empresarial como consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo.

Considerando el ámbito aplicativo de las correspondientes normas, la referida evolución ha discurrido por cuatro líneas de regulación.

1.ª Una primera línea se expresa a través de normas limitativas de la jornada que afectan a determinados colectivos de trabajadores. Esta fase se inicia con la Ley de 24 de julio de 1873, reguladora de las condiciones de trabajo de menores en las fábricas, talleres y minas —con la que, como ya se vio en su momento, arranca la legislación laboral en España—, que limitaba a cinco horas diarias la jornada de los niños mayores de diez años y menores de trece, la de las niñas mayores de diez y menores de catorce, así como a ocho horas diarias la de los jóvenes de trece a quince años y de las jóvenes de catorce a diecisiete años. En esta misma línea de regulación selectiva se sitúa, entre otras normas, la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, que modifica los límites de la anterior permitiendo el acceso al trabajo de los niños de ambos sexos mayores de diez años y menores de catorce por tiempo que no excediera de seis horas diarias en los establecimientos industriales y de ocho en los de comercio, con interrupción por descanso de un mínimo de una hora.

2.ª La acción normativa de la segunda línea, se corresponde con la regulación de jornadas máximas en ciertos sectores de la actividad productiva. El elenco de normas es aquí más numeroso al atender las singularidades existentes en distintos sectores. Entre ellas cabe citar la Ley de 27 de diciembre de 1910, que establece la jornada máxima en las labores subterráneas de las minas en nueve horas diarias y de diez horas en el exterior; el Real Decreto de 24 de agosto de 1913, sobre jornada máxima de trabajo en la industria textil de los obreros de ambos sexos, que la fija en sesenta horas semanales o diez horas diarias; la Ley de 4 de julio de 1918 y su Reglamento de 16 de octubre de 1918, sobre jornada mercantil, que instauraban indirectamente una jornada máxima de diez horas diarias, puesto que el segundo establecía un descanso diario de doce horas consecutivas, más dos horas destinadas a la comida, o el Real Decreto de 15 de marzo de 1918, que establece en ocho horas diarias la jornada máxima de trabajo en la construcción.

3.ª Mediante una tercera línea reguladora, se procede a generalizar la jornada máxima legal al conjunto de sectores de la actividad productiva. El punto de partida de esta tercera línea de evolución vendrá dado por el Real Decreto de 3 de abril de 1919, que regula la jornada máxima legal «en todos los trabajos» a partir del 1 de octubre de 1919, limitándola a ocho horas al día o a cuarenta y ocho horas semanales. Al tiempo, dicha norma preveía la posibilidad de establecer jornadas especiales por parte del Instituto de Reformas Sociales para «las industrias o especialidades que deban ser exceptuadas por imposibilidad de aplicar dicha jornada» (art. 2), régimen de exceptuación abordado por la Real Orden de 15 de enero de 1920. De este modo, la acción normativa de esta tercera línea aparece ya combinada con la segunda en un paralelismo regulador que llegará hasta nuestros días.

La duración máxima de la jornada ordinaria establecida en la mencionada Ley de 1919 se mantuvo por la II República mediante la Ley de 1 de julio de 1931, sobre jornada máxima de trabajo, a la que precedió el Decreto de 1 de mayo de 1931 ratificando definitivamente el Convenio OIT 1/1919, relativo a la limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

4.ª Merced a una cuarta línea reguladora, la duración de la jornada máxima de trabajo ya generalizada va a experimentar una paulatina reducción. La primera norma en abordarla fue morosa, ya que hubo que esperar hasta la LRL para que esa duración se redujera a cuarenta y cuatro horas semanales efectivas en jornada partida y cuarenta y dos horas y media semanales efectivas en jornada continuada. Con posterioridad, la inicial versión del ET de 1980 rebajó a cuarenta y tres horas semanales de trabajo efectivo la jornada máxima partida y a cuarenta y dos la jornada continuada. Finalmente, la Ley 4/1983, de 29 de junio, modificó el artículo 34 ET, estableciendo la actual duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, cifrada en cuarenta horas semanales de trabajo efectivo y de promedio en cómputo anual

2. Fundamentos

La limitación de la prestación laboral debida mediante la jornada de trabajo, obedece a distintos factores de carácter económico, sociolaboral y técnico-organizativo.

a) El factor económico presenta dos manifestaciones principales. La determinación temporal de la prestación laboral de servicios obedece, en primer término, a la necesidad de fijar la retribución salarial del trabajador de modo que, en la programación de la actividad productiva, quede asegurada la tasa de beneficio empresarial. Asimismo, responde a la búsqueda por el empresario de la mayor rentabilidad, pues está acreditado que una excesiva prolongación de la jornada no supone ni mayor rendimiento, ni mejor calidad del producto.

b) En esta materia *el factor sociolaboral* aporta dos expresiones señaladas. De un lado, hunde sus raíces en el objetivo sindical dirigido a la tutela de la salud y la formación de los trabajadores, ensanchando también su tiempo de ocio a fin de mejorar su calidad de vida y preservar un lapso temporal inmune al trabajo asalariado durante el que aquéllos puedan desarrollar sus actividades familiares, sociales y culturales. En esta línea se sitúa el mandato que el artículo 40.2 CE dirige a los poderes públicos para que fomenten «una política que garantice… el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

De otro lado, aquella limitación opera como medida de política de empleo mediante el reparto del trabajo existente, a partir de la hipótesis de que trabajando durante menos tiempo se posibilita el trabajo de un mayor número de personas. Aunque ello no sea siempre así debido a la paulatina sustitución del trabajo humano por la máquina, en buena medida esa hipótesis se confirma cuando se repara en el elevado número de horas extraordinarias que se realizan y en su deseable sustitución por nuevos contratos de trabajo.

c) El factor técnico-organizativo aparece vinculado a la paulatina reducción de la jornada de trabajo, una de cuyas principales causas descansa en el progresivo incremento de la productividad del trabajo asalariado como consecuencia de los avances tecnológicos y del perfeccionamiento de los sistemas de organización del trabajo.

3. Clases

A) Jornada laboral ordinaria

La tendencia histórica a reducir la duración de la jornada de trabajo, ha supuesto que la jornada laboral ordinaria se identifique con la jornada máxima, cuyo techo o límite no puede superarse, salvo en los supuestos excepcionales de jornadas extraordinarias. Ello explica que la limitación general de la jornada de trabajo sea una función reguladora de orden promocional que compete constitucionalmente, y en primer término, al Estado (STC 210/1990).

En el régimen jurídico de la jornada ordinaria de trabajo, deben destacarse los siguientes aspectos básicos:

a) La duración máxima de la jornada laboral ordinaria de carácter legal es de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET). Este trabajo efectivo se computa de forma que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo (art. 34.5 ET). Lo que supone que determinados períodos de tiempo en los que el trabajador no se halla en su puesto de trabajo se excluyen del cómputo de la jornada máxima de trabajo (por ejemplo, los desplazamientos para acudir al trabajo, los tiempos de aseo, cambio de ropa o el tiempo del «bocadillo»). Nada impide, sin embargo, que en el contrato de trabajo o en la negociación colectiva se pacte la consideración como tiempo de trabajo de esos tiempos en que no se ejecuta la prestación laboral.

b) El carácter de derecho necesario relativo que tiene la jornada ordinaria máxima de trabajo, posibilita que, respetando ineludiblemente ese máximo (STC 210/1990), en los convenios o en el contrato de

trabajo se pacten jornadas ordinarias de inferior duración, pactos que suelen ser frecuentes en la negociación colectiva. Así, la jornada de trabajo anual media pactada en convenio colectivo para el año 2014 fue de 1.739,9 horas al año por trabajador, lo que supone un promedio de 36,24 horas semanales de trabajo efectivo (BONC nº 48/2015).

c) Las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo pueden distribuirse de forma irregular a lo largo del año, puesto que la ley permite que ese tope máximo se calcule «de promedio en cómputo anual», lo que significa que el número de horas semanales de trabajo efectivo puede ser inferior o superior a dicho tope, siempre que el promedio anual no exceda de las cuarenta horas semanales. Esta fórmula se introduce con la finalidad de flexibilizar la distribución de la jornada en atención a las necesidades de la actividad productiva.

La distribución irregular anual de la jornada debe realizarse, de forma prioritaria, a través de la negociación colectiva. Los instrumentos utilizables a este propósito son, en primer lugar, el convenio colectivo y, en su defecto, el acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. La reforma laboral de 2012 incorpora una nueva regla en esta materia, estableciendo que, «En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo» (art. 34.2 ET conforme a la LEMURMEL). En coherencia con esta regla, en el nuevo artículo 85.3 ET se suprime por aquella reforma el cauce negocial colectivo que este precepto establecía en su apartado *i*) (redacción del RDL-MURNEC) como contenido mínimo del convenio colectivo dirigido a incluir en el mismo un porcentaje, máximo y mínimo, de la referida distribución irregular anual, porcentaje que el legislador —no el empresario— establecía en el 5 por 100, salvo pacto en contrario. Esta ampliación del poder empresarial organizativo desconoce, sin embargo, la voluntad expresada sobre el particular por los interlocutores sociales al máximo nivel negocial, en el sentido de considerar que «el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible en la empresa de elementos como el tiempo de trabajo…», de modo que «el convenio colectivo deberá, como contenido mínimo, regular criterios, causas, procedimientos, períodos temporales y períodos de referencia para… la distribución irregular de la jornada» (Capítulo I, 2 AENC 12-14).

Al admitirse esa distribución anual irregular de la jornada, es posible también —si así se pacta en convenio colectivo o acuerdo de empresa— superar el límite general consistente en que las horas ordinarias de trabajo efectivo al día no sobrepasen el número de nueve (art. 34.3 ET). Tan sólo son irrebasables dos limitaciones a esa distribución irregular de la jornada de trabajo ordinaria, referidas al descanso diario y semanal. En su virtud, tal distribución ha de respetar en todo caso el descanso diario mínimo de doce horas entre jornadas (art. 34.3 ET) y el descanso semanal mínimo cifrado en un día y medio ininterrumpido, que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado —o, en su caso, la mañana del lunes— y el día completo del domingo (art. 37.1 ET). Pero, además, debe tenerse en cuenta que la facultad empresarial de decidir esta distribución irregular no puede ser arbitraria, debiendo el empresario «fundar su decisión en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia» (STS 15-12-1998). Este control posee de extrema relevancia cuando la decisión distributiva irregular corresponde al empresario, supuesto en el que puede verse afectada sobremanera la efectiva y necesaria conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores (SSTSJ/Castilla-La Mancha de 4-3-2003 y Madrid de 12-3-2007).

Como quiera que la distribución irregular anual de la jornada puede dar lugar a diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada en virtud de tal distribución y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, la compensación de dichas diferencias es exigible conforme a lo acordado en convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, recogiéndose así una práctica ya extendida en la negociación colectiva. Si no existiera pacto, tales diferencias han de compensarse en el plazo de doce meses desde que se produzcan (art. 34.2 ET, modificado por el art. 1. tres RDL-CESMEN).

d) Siguiendo una tradicional línea de evolución normativa, el ET prohíbe a los menores de dieciocho años —y, aunque la norma no lo diga, mayores de dieciséis, al ser ésta la edad mínima de admisión al trabajo— realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación, de acuerdo con la disciplina reguladora del contrato para la formación y el aprendizaje (art. 34.3 ET).

B) Jornadas laborales de carácter especial

Distintas circunstancias, relativas a las peculiaridades de ciertos sectores y trabajos, hacen necesaria la regulación de jornadas laborales especiales, a cuyo fin el Gobierno del Estado cuenta con habilitación expresa (art. 34.7 ET) y la normativa comunitaria viene dispensando creciente atención (por ejemplo, la Directiva 1999/73, del Consejo, sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar o la Directiva 2002/15, del Parlamento y del Consejo, sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera). Dicha regulación viene referida a determinadas alteraciones de la jornada ordinaria de trabajo, que pueden consistir en *ampliaciones, limitaciones y reducciones* de dicha jornada. Con carácter general, su regulación se encuentra en el RDJE y en los artículos 37.4 a 7 y 47.2 ET. Aunque no todas estas alteraciones se califican legalmente como jornadas laborales de carácter especial, no es dudoso que lo son en cuanto se apartan, por distintas razones, de la duración fijada para la jornada ordinaria de trabajo.

a) Las ampliaciones son debidas a la necesidad bien de prolongar la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en determinadas actividades (por ejemplo, empleados de fincas urbanas, o labores estacionales agrícolas o ganaderas, trabajo en el mar), bien de añadir a aquella duración máxima determinados tiempos de trabajo, denominados de presencia, que no computan como tiempo de trabajo efectivo (como sucede, por vía de ejemplo, en el sector del transporte por carretera). El tiempo de presencia es aquel en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo por razones ajenas a su voluntad (averías, comidas en ruta, suministro de materias primas...).

b) Como contrapunto, *las limitaciones* se dirigen a la tutela de la salud de los trabajadores. Son ejemplos de ellas el trabajo en el interior de las minas donde la jornada se reduce, en términos generales, a treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal; el trabajo en campo cuando la tarea exija extraordinario esfuerzo físico o sea de especial penosidad, de modo que la jornada no podrá exceder de seis horas y veinte minutos, que se reducen hasta seis cuando el trabajo deba realizar su actividad con los pies en el agua o fango; o el trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación, dependiendo aquí la duración de la jornada de la temperatura: de cero a cinco grados bajo cero la jornada será la ordinaria general con descanso de recuperación de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras, de cinco bajo cero hasta dieciocho bajo cero la jornada máxima es de seis horas con descanso de recuperación de quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido, y de dieciocho grados bajo cero o más la jornada es también de seis horas con descanso recuperatorio de quince minutos por cada cuarenta y cinco de trabajo ininterrumpido.

c) Las reducciones obedecen a la tutela de diversas causas: personales o familiares, sociales y empresariales.

a') Causas personales o familiares. La protección de estas situaciones generadoras de derechos de reducción de jornada se ha instrumentado mediante una regla general y varias reglas específicas. Todas ellas configuran, con distinto alcance, determinados derechos de reducción de jornada.

a") Regla general. Con amplia finalidad compatibilizadora, se reconoce al trabajador el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para la efectividad de su derecho a la vida personal, familiar y laboral, con sujeción a lo que se establezca a estos efectos en la negociación colectiva o en el acuerdo que aquél alcance con el empresario respetando, su caso, lo previsto en la misma (art. 34.8 ET conforme a la LOI).

b") Reglas específicas. De forma más concreta, se reconocen determinados derechos a la reducción de jornada.

- El derecho del trabajador, hombre o mujer, a sustituir por una reducción de su jornada en media hora o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo que llegue con el empresario —respetando, en su caso, lo establecido en la misma—, el permiso de una hora diaria de ausencia del trabajo con motivo de la lactancia de un hijo menor de nueve meses. Comoquiera que la persona que ejerza el derecho al permiso es quien puede sustituirlo por el derecho a reducir la jornada (art. 37.4 ET conforme al LEMURMEL), la comprensión de éste requiere el previo estudio de aquél, lo que se aborda más adelante [*infra* III, 2, B)].
- El derecho del trabajador, hombre o mujer, a una reducción de la jornada diaria de trabajo, con disminución proporcional del salario entre, como mínimo, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, bien cuando, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años (ocho con anterioridad al RDL-CESMEN) o alguna persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida, o bien cuando haya de encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe tampoco actividad retribuida. En el supuesto de que dos o más trabajadores de la misma empresa fueran titulares de este derecho en relación con el mismo sujeto al que hayan de prestar cuidado directo, el empresario está facultado para limitar el ejercicio simultáneo del derecho por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.5.1.º ET conforme a la LEMURMEL y al RDL-CESMEN y art. 37.5.2.º y 4.º ET).
- El derecho del trabajador, hombre o mujer, en su condición de progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, a una reducción de la jornada ordinaria de trabajo, con disminución proporcional del salario, de la mitad como mínimo, de la duración de ésta, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado mediante informe el órgano administrativo competente. Bajo estas condiciones, el derecho puede ejercerse hasta que el menor alcance los dieciocho años. En convenio colectivo pueden establecerse las condiciones y supuestos en los que sea posible acumular esta reducción en jornadas completas. El titular del derecho percibe, como beneficiario, un subsidio del 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, en proporción a la reducción de la jornada de trabajo (art. 37.5.3.º ET y 135 quáter LGSS).

En los anteriores supuestos específicos de reducción de jornada, corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de dicha reducción, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, esta determinación individual queda supeditada a la facultad que se atribuye a los convenios colectivos a fin de que puedan establecer criterios para dicha concreción horaria atendiendo a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa. El trabajador, salvo fuerza mayor, debe preavisar al empresario con una antelación de quince días de antelación, o la que se determine en el convenio colectivo, precisando la fecha en que iniciara o finalizará la reducción de jornada y se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias que surjan respecto de la concreción y determinación en los citados supuestos de reducción de jornada se resuelven mediante el procedimiento establecido en el artículo 139 LJS (art. 37.6 ET conforme a la LEMURMEL), sin perjuicio, claro está, de los procedimientos extrajudiciales previos que se activen por los interesados.

- El derecho del trabajador, en su condición de madre o padre, a una reducción de la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional del salario, en los casos

de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET conforme a la LRMT).

- El derecho de la trabajadora víctima de la violencia de género bien a la reducción de la jornada de trabajo, con disminución proporcional del salario, bien a la reordenación del tiempo de trabajo, a fin de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Ese derecho de reducción de jornada ha de ejercitarse en los términos que se establezcan ya sea en convenio colectivo o acuerdo de empresa, ya sea mediante acuerdo entre la empresa y la trabajadora. En defecto de estos acuerdos, la concreción del ejercicio del citado derecho corresponderá a la trabajadora (art. 37.7 ET).

b') Causas sociales. Obedecen a la situación de desempleo y de consiguiente reparto del trabajo, que puede instrumentarse mediante la reducción de la jornada y del salario entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 75 (con posibilidad de alcanzar el 85 por 100 conforme a determinados requisitos) por parte del trabajador que, bajo ciertas condiciones, formaliza un contrato de trabajo a tiempo parcial por jubilación parcial, con simultánea concertación de un contrato relevo con otro trabajador en situación de desempleo. Como ya se estudió [Capítulos 6, I, 3, B) y 8, III, 2, B)], la formalización de este último contrato resulta obligada si el trabajador no ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, siendo voluntaria cuando la haya alcanzado (arts. 12.6 ET y 166 LGSS).

c') Causas empresariales. La jornada de trabajo puede reducirse por el empresario en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme al procedimiento establecido para la suspensión del contrato de trabajo por dichas causas. Al igual que sucede en el procedimiento suspensivo, dicha reducción ya no exige la previa autorización administrativa, suprimida en la reforma laboral de 2012 (art. 47.2 en relación con el art. 41.1 ET conforme éste con la LEMURMEL).

Condicionan la validez de la reducción, su carácter temporal y su sometimiento a los límites cuantitativos exigidos para su adopción, establecidos entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada ordinaria de trabajo, computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Esta reducción de jornada tiene la finalidad de incrementar la flexibilidad interna de las empresas en cuanto «mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas» (Preámbulo II, LEMURMET). Consecuente con esa finalidad y con el carácter temporal de la medida, se establece la prohibición de realizar horas extraordinarias durante el período de reducción de jornada, salvo fuerza mayor (art. 47.2 ET), sin que la norma condicione la regla prohibitiva al número de trabajadores o de centros de trabajo afectados por tal reducción.

d) Supuestos específicos. Junto a los anteriores supuestos, debe tenerse en cuenta que las relaciones laborales de carácter especial presentan también alteraciones respecto del tiempo ordinario de trabajo, susceptibles de catalogarse asimismo como jornadas laborales especiales. Esas alteraciones no se rigen por el RDJE, sino por la normativa específica de tales relaciones. Implican acomodación de la jornada a las peculiaridades que tiene la prestación del trabajo en dichas relaciones (alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, discapacitados que presten servicios en Centros Especiales de Empleo, servicio del hogar familiar...), aunque la jornada máxima legal establecida en el ET debe respetarse en términos generales, con la única excepción del personal de alta dirección, cuya jornada será la establecida en el contrato de trabajo.

Dichas acomodaciones suponen, en términos generales, un específico cómpu-to de ciertos tiempos que, en principio, no podrían considerarse de trabajo. Por ejemplo, la jornada de los deportistas profesionales comprende tanto la prestación efectiva de los servicios ante el público como el tiempo de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma, aunque no los tiempos de concentración previos a la celebración de las actuaciones deportivas ni los desplazamientos hasta el lugar de su celebración. Así también, la jornada de los artistas en espectáculos públicos comprende tanto la prestación efectiva de la actividad artística ante el público como el tiempo de ensayo y de grabación de actuaciones.

C) Jornada laboral extraordinaria: horas extraordinarias

a) Concepto y requisitos

Una específica y frecuente ampliación de la jornada ordinaria de trabajo deriva de la realización de horas extraordinarias. Como tales se consideran aquellas horas de trabajo realizadas sobrepasando la duración máxima de dicha jornada ordinaria, ya se trate de la jornada máxima legal o de la convencional o contractualmente acordada (art. 35.1 ET y STS 18-9-2000). La realización de estas horas viene así a configurar una tercera clase de jornada de trabajo extraordinaria, aunque la norma no la considere como tal.

Esta noción cuantitativa de la figura debe ser completada identificando los requisitos básicos exigibles para su admisibilidad.

a') *La voluntariedad* de su prestación por el trabajador como regla general, que sigue existiendo cuando su realización se ha pactado en contrato de trabajo y que se exceptúa en ese plano individual cuando existe pacto para realizarlas en convenio colectivo, en ambos casos dentro de los límites máximos legalmente establecidos (art. 35.4 ET). La voluntariedad queda también exceptuada cuando se pacta en convenio colectivo la plena disponibilidad horaria del trabajador mediante compensación económica (STS 28-10-1992). El pacto alcanzado en convenio colectivo sobre la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias dentro de los límites legales, ha de ponerse en conocimiento del trabajador por parte del empresario como consecuencia de su deber de información sobre las condiciones de trabajo (STJCE 8-2-2001).

No se consideran formalmente como horas extraordinarias, aunque lo sean desde el ángulo conceptual, las de emergencia o de fuerza mayor «para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes». Estas horas no se tienen en cuenta «a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas», pero desvelan su auténtica naturaleza ante la prescripción de compensarlas como horas extraordinarias (art. 35.3 ET).

b') La efectividad, que implica la exigencia de que el trabajo sea efectivamente realizado, lo que excluye de su consideración como extraordinarias determinadas horas en que el trabajador está simplemente localizable y a disposición de la empresa.

c') La excepcionalidad, derivada de su propio concepto y de la inexistencia de regla legal presuntiva alguna sobre su realización, lo que supone la exigencia de probar de modo fehaciente la realización de las horas extraordinarias, a cuyo fin son de extrema importancia los mecanismos de control legalmente establecidos [*infra* C), *b*), *c'*)].

El requisito de la excepcionalidad queda marcadamente desvirtuado ante la distinción entre horas extraordinarias habituales y estructurales introducida en su momento por el AMI, incorporada a la Orden de 1 de marzo de 1983 y recogida posteriormente en la negociación interconfederal y ordinaria. En relación con las horas extraordinarias de carácter habitual se postula su supresión (punto VII AMI), considerándose que su realización contradice su carácter extraordinario al obedecer a necesidades usuales y previsibles de la actividad productiva en cuanto fórmula para reducir costes y eludir la contratación de nuevos trabajadores. No es de menor calibre la contradicción en que incurren las denominadas horas extraordinarias estructurales respecto del requisito de la excepcionalidad. Por tales horas se entiende legalmente «las necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate, siempre que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente» (art. 1 Orden 1-3-1983). Por tanto, la realización de estas horas se admite bajo la condición (aunque el tenor de la misma sea muy genérico) de que resulte inviable cubrirlas con nuevos contratos de trabajo.

Por otra parte, las horas extraordinarias estructurales debe distinguirse de las horas extraordinarias por fuerza mayor. En las primeras las necesidades extraordinarias que se tratan de cubrir se refieren a la existencia de desajustes entre necesidades de la producción y disponibilidad del personal de la empresa,

que pueden ser resueltas o paliadas con nuevas contrataciones al no tratarse de sucesos dañosos imprevisibles o inevitables. Las horas extraordinarias derivadas de fuerza mayor, por el contrario y como ya se ha señalado, tratan de «prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes».

b) Régimen jurídico

El eje del tratamiento jurídico de las horas extraordinarias se construye sobre una tendencia desincentivadora de su realización, especialmente en cuanto técnica limitativa del tiempo de trabajo con la finalidad de lograr su mejor reparto [Capítulo 8, III, 2, B)]. Esta tendencia aparece, con diversa intensidad, en los dos aspectos fundamentales que articulan dicho régimen jurídico: el coste económico de las horas extraordinarias y los límites establecidos para su realización. La tendencia se atenúa adicionalmente al debilitarse el control extrajudicial sobre la realización de esta clase de horas de trabajo.

a') En cuanto al *coste económico*, la tendencia disuasoria a la realización de horas extraordinarias se ha venido plasmando en su retribución y en su cotización. Por lo que hace a la retribución esa tendencia se ha reducido en la normativa vigente merced a la modificación que, en interés empresarial, realizó en su momento la LRET del anterior criterio legislativo regulador de la retribución de las horas extraordinarias por encima de las ordinarias de trabajo, para fijar el incremento mínimo legal de la hora extraordinaria en el importe de la ordinaria, sin perjuicio de que en la negociación colectiva o, en su defecto, en el contrato de trabajo, pudiera acordarse un incremento superior. Y sin perjuicio, asimismo, de que, mediante esos instrumentos contractuales pudiera optarse entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía legal, convencional o contractualmente estipulada, o bien compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido; opción que contribuye a moderar la mencionada tendencia, máxime teniendo en cuenta que, en ausencia de pacto sobre esta opción, la misma se entiende efectuada a favor del descanso retribuido, cuyo disfrute habrá de llevarse a cabo dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias (art. 35.1 ET).

La desafección legal por esta clase de horas cuenta todavía, sin embargo, en el ámbito de *la cotización a la Seguridad Social* con dos manifestaciones relevantes ya señaladas en su momento [Capítulo 8, III, 2, B)]. De un lado, las horas extraordinarias se excluyen para obtener la base de cotización de las contingencias comunes, si bien la retribución por horas extraordinarias se somete a una cotización adicional por parte del empresario y del trabajador, de acuerdo con los tipos que se establecen en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado. De otro lado, esta cotización adicional no es computable para determinar la base reguladora de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

b') Los *límites* establecidos para la realización de las horas extraordinarias son de orden cuantitativo y cualitativo. En el *orden cuantitativo*, y siguiendo la tendencia disuasoria por la vía de su reducción, se establece, como regla general que admite ciertas excepciones, que el número de horas extraordinarias que puede realizar cada trabajador no ha de superar las ochenta anuales (art. 35.2 ET). Para el cómputo de dichas horas no se tienen en cuenta las realizadas por motivos de emergencia o de fuerza mayor, según ya se indicó, así como las que se hayan compensado mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35.2 ET).

Este límite cuantitativo conforma una norma de derecho necesario en su vertiente de máximo infranqueable por el contrato de trabajo o por el convenio colectivo, lo que no impide que si el límite se supera sin justificación o con ella (por ejemplo, por fuerza mayor) deban ser retribuidas con el recargo que al respecto se haya establecido (SSTS 17-6-1989 y 3-2-1990), ya que la exclusión de su pago como tales en este supuesto daría lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la empresa infractora (STSJ/País Vasco 1-4-1996).

Bajo el *prisma cualitativo*, los trabajadores menores de dieciocho años (art. 6.3 ET), los trabajadores al servicio del hogar familiar [art. 8.*b*) DEH], los trabajadores nocturnos (art. 36.1 ET) y los trabajadores discapacitados tienen expresamente prohibida por ley la realización de horas extraordinarias, con algunas salvedades para las dos últimos tipos (por ejemplo, la derivada de la necesaria realización de horas de emergencia o fuerza mayor).

c') El *control extrajudicial* de la realización de horas extraordinarias ha sido objeto de adaptación a las necesidades del sistema productivo (flexibilidad adaptativa), puesto que ya no se exige autorización administrativa para su realización, lo que contribuye también a debilitar la tendencia desincentivadora. Dicho control discurre ahora a través de ciertas obligaciones del empresario.

En primer término, una obligación formal de registrar diariamente la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, así como de totalizar dicha jornada (es decir, de contabilizar las horas ordinarias y las extraordinarias que se hayan realizado), incluyendo en ese registro las horas extraordinarias compensadas con descanso y las pendientes de compensación (STS 25-4-2006). En segundo lugar, se debe entregar al trabajador copia del resumen de dicho registro y totalización en el correspondiente recibo de salarios (art. 35.5 ET).

En tercer lugar, una obligación de informar mensualmente a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación (con retribución o con tiempo libre) y de entregarles, con esa finalidad, copia de los resúmenes entregados, a su vez, a los trabajadores en cumplimiento de la obligación establecida al efecto en el artículo 35.5 ET [Disp. Adic. 3.ª*b*) RDJE]. Esta obligación es instrumental y necesaria para que dichos representantes puedan ejercer su competencia de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes, entre otras, en materia laboral [art. 64.7.*a*).1.º ET].

El cumplimiento de estas obligaciones empresariales reviste especial importancia a efectos probatorios, ya que el trabajador que invoque en el proceso laboral haber realizado horas extraordinarias «debe fijar con toda precisión sus circunstancias y número, y probar, a su vez, su realización "día a día y hora a hora"» (STS 21-1-1991). De aquí que la inobservancia de tales obligaciones constituya infracción grave en materia de relaciones laborales (art. 7.5 LISOS).

II. EL HORARIO DE TRABAJO

1. Concepto y fijación

El horario de trabajo es un instituto que permite distribuir la jornada de trabajo diariamente, delimitando de manera concreta los períodos de tiempo durante los cuales debe realizarse la prestación laboral. La determinación precisa de los momentos en que se inicia y concluye dicha prestación presupone necesariamente la fijación de la jornada de trabajo, pues en tanto ésta acota la cantidad de tiempo global que el trabajador pone a disposición del empresario, el horario especifica los límites temporales dentro de los que es obligado cumplir con la prestación de trabajo cada día laborable. Existe, así, «una cierta supeditación del horario a la jornada. De ahí que cualquier disparidad o divergencia que entre ellos surja al ser aplicados a la realidad del tráfico jurídico, lógicamente ha de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida…» (STS 22-7-1995).

2. Límites generales a la fijación del horario

Si bien la norma legal no lo establece de modo expreso, el empresario es el sujeto facultado para fijar el horario de trabajo en cuanto manifestación específica de la genérica facultad organizativa que a todo empleador reconoce el ET (art. 20.1 ET). Al configurarse la fijación del horario como una facultad empresarial, la misma es susceptible de transacción, ya sea en el contrato de trabajo, ya sea mediante la negociación colectiva (cauce más usual), debiéndose respetar en todo caso la jornada de trabajo establecida.

Junto a los límites derivados de las distintas clases de horario de trabajo a las que seguidamente se hará referencia, existen dos límites generales de carácter legal que, en todo caso, deben respetarse en la fijación del horario.

a) El derivado de la imposibilidad de establecer un horario de trabajo que exceda del descanso diario legalmente exigido entre jornadas de trabajo, y, que se cifra en un mínimo de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 34.3 ET). Mínimo de derecho necesario relativo que, como sabemos, se exceptúa por la vía de las ampliaciones de la jornada para determinadas actividades, lo que supone la paralela reducción del descanso entre jornadas.

b) El relativo a la exigencia de que el cambio de horario que el empleador quiera realizar suponga modificación sustancial de condiciones de trabajo, y, por ello, se someta al procedimiento establecido en el ET para esta clase de modificaciones [art. 41.1.*b*) ET]. El carácter sustancial o no del cambio de horario pretendido deberá determinarse caso por caso, puesto que no existe criterio expreso en la ley a este respecto.

3. Clases

Las peculiaridades de los distintos sectores de la actividad económica, la plural morfología en la organización del trabajo y la protección reforzada de la salud de los trabajadores en ciertos supuestos, son factores principales que concurren en las modalidades de horario de trabajo a las que debe ajustarse la prestación laboral.

A) Horarios continuado y partido

El horario continuado (equívocamente denominado por el ET como «jornada diaria continuada») delimita el período de tiempo ininterrumpido durante el que la prestación laboral diaria se realiza, en tanto que el horario partido permite dividir el tiempo de trabajo en dos fracciones entre las que se sitúa un determinado tiempo de descanso. Sin embargo, cuando la duración de la jornada y el horario continuados exceden de seis horas, es obligado establecer durante la misma un período mínimo de descanso de quince minutos. Este período de descanso sólo se considera tiempo de trabajo efectivo cuando así se disponga en convenio colectivo. Para los trabajadores de edad inferior a los dieciocho años el tiempo mínimo de descanso se fija en treinta minutos, siendo obligado su establecimiento en el caso de que la duración de la jornada y del horario continuados excedan de cuatro horas y media (art. 34.4 ET).

B) Horarios rígido, flexible y variable

El horario rígido se caracteriza por la obligada prestación del trabajo debido dentro de un lapso temporal común para un centro de trabajo, una unidad productiva inferior o un conjunto de trabajadores. Se trata del horario de trabajo de mayor implantación. Por contraste con el anterior, el horario flexible —de paulatina pero lenta extensión, sobre todo en el sector de servicios— atiende en especial a los intereses personales, familiares o sociales del trabajador, de forma que éste pueda elegir las horas de inicio y término de su trabajo dentrode unos márgenes predeterminados e indisponibles y siempre que respete la franja de horario común establecida. La fijación de este tipo de horario queda sujeta al acuerdo de las partes en el contrato de trabajo o en la negociación colectiva.

El horario variable es más gravoso para el trabajador pues comporta una disponibilidad para prestar el trabajo de incierta y reducida previsión temporal respecto de una parte de su jornada de trabajo. Se articula mediante las horas complementarias, que pueden realizarse, previo pacto escrito, en el CTTP de duración indefinida y que, conforme al artículo 12.5.*d*) ET, tan sólo requieren un preaviso de un mínimo de siete días al trabajador para que éste conozca el día y hora de realización de dichas horas [Capítulo 6, I, 3, B)].

C) *Horario nocturno*

Las características de determinados sectores de la producción (como son, por ejemplo, los transportes, la radiodifusión o los servicios de vigilancia y seguridad) exigen la prestación del trabajo en horario nocturno. Legalmente se considera trabajo nocturno el desarrollado entre las diez de la noche y las seis de la mañana (art. 36.1 ET), delimitación de carácter imperativo, intangible para la negociación colectiva (STS 10-4-1990) y, desde luego, para el contrato de trabajo. La ley distingue entre trabajo nocturno y trabajador nocturno, de modo que no todo el que trabaja en horas nocturnas posee esta última calificación legal, sino tan sólo aquel que lo hace durante un lapso de tiempo mínimo considerado nocturno. De acuerdo con ello, y atendiendo a la doble posibilidad de computar la jornada de trabajo por días o anualmente, se califica como trabajador nocturno a aquel que realiza normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como al que se prevea que pueda realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual (art. 36.1.3.º ET).

Ahora bien, desde un punto de vista material, tanto el trabajador nocturno como el que, sin esta calificación, desempeña trabajo nocturno, realizan su prestación laboral, en todo o en parte, en horario nocturno. De este modo, las singularidades establecidas para ambas fórmulas de llevar cabo dicha prestación tienen en cuenta que ésta se ha de desarrollar, en su integridad o parcialmente, en horario nocturno. Esas singularidades atienden, bajo la influencia de la Directiva 92/104, a los inconvenientes aparejados a dichas formas de prestación laboral en horario nocturno (alteraciones psicosomáticas y de la vida familiar y social).

a) El establecimiento de una retribución específica para el trabajo nocturno —con independencia por tanto de que quien lo realice tenga o no la consideración legal de trabajador nocturno—, que debe determinarse en la negociación colectiva, a la que el contrato no puede sustituir pero sí mejorar (STS 10-4-2001). Aunque la ley guarde silencio, el carácter específico de la retribución debe entenderse como remuneración superior a la que corresponda por el trabajo diurno, en atención a la mayor penosidad que comporta el trabajo nocturno (SSTS 4-23-1992 y 27-2-1995). Suele establecerse mediante el denominado plus de nocturnidad, complemento salarial de puesto de trabajo no consolidable [Capítulo 11, II, C)] y que «no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el período legalmente calificado como nocturno» (STS 1-12-1997).

Dicha retribución se exceptúa cuando el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza (en cuyo caso el carácter nocturno del trabajo ya se ha considerado al establecer el salario) o se haya acordado su compensación por descansos (art. 36.2 ET).

b) La limitación del tiempo de trabajo del trabajador nocturno. Dicho tiempo no puede exceder de ocho horas diarias de promedio en un período de referencia de quince días (art. 36.1 ET), sin que, por otra parte, se permita la realización de horas extraordinarias (art. 36.1.2.º ET). Sin embargo, esa garantía limitativa queda debilitada por vía reglamentaria en virtud de la habilitación al Gobierno, a propuesta del MEYSS y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, para superar dicha jornada máxima (arts. 36.1.4.º y 34.7 ET) mediante la realización de horas extraordinarias o la ampliación del citado período de referencia de quince días en ciertos supuestos (art. 32 RDJE):

1.º Cuando los trabajadores nocturnos presten servicios en algunos de los sectores que cuentan con la ampliación de jornada en el RDJE.

2.º En caso de necesidad motivada por la prevención y reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.

3.º Cuando en el trabajo a turnos existan irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa (por ejemplo, si el trabajador que ha de relevar no se presenta, la empresa puede exigir al trabajador que debía ser relevado el mantenimiento en su puesto de trabajo).

A fin de evitar una utilización desproporcionada o abusiva de estas excepciones, se establece para las mismas, a su vez, una regla limitativa común modulada. En este sentido, la aplicación de dichas ex-

cepciones no puede tener como resultado superar la jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses —o de seis meses cuando así se acuerde mediante convenio colectivo— en los supuestos del anterior apartado 1.º o de cuatro semanas en los restantes.

c) La protección específica de la salud del trabajador nocturno. Distintas reglas se establecen a este respecto:

- La obligación empresarial de garantizar la evaluación gratuita de la salud de los trabajadores nocturnos antes de que sean destinados a un trabajo nocturno y, con posterioridad, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia (art. 36.4 ET). Si se les reconocen «problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno», tienen derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para cuyo desempeño tengan aptitud profesional [Capítulo 12, III, 1, B)]).

  Una manifestación relevante de esta tutela es la referida a la prohibición de realizar trabajo nocturno a la mujer en situación de embarazo, parto reciente o en período de lactancia natural, como una de las medidas a adoptar, en caso preciso, por el empresario cuando los resultados de la evaluación de riesgos laborales revele un riesgo para su seguridad y su salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia [art. 26.1 LPRL y Capítulo 12, III, 1, B)].
- El derecho de los trabajadores nocturnos a gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, lo que incluye unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los que disfruten los restantes trabajadores de la empresa (art. 36.4 ET).
- La prohibición de que los menores de dieciocho años puedan realizar trabajos nocturnos, lo que en este caso protege tanto su salud como su formación profesional y humana (art. 6.2 ET).
- La prohibición de la que los trabajadores al servicio del hogar familiar realicen su prestación laboral en horario nocturno [art. 8.*b*) DEH].
- La referida prohibición de que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias, cuya finalidad básica es la protección de la salud, aunque, como acaba de indicarse, ésta se haya relativizado.

D) Horario en el trabajo a turnos

Razones objetivas de índole empresarial pueden determinar la realización del trabajo a turnos, generalmente en los procesos productivos que no admiten paralización. Se trata de un modo de organización del trabajo en equipo mediante el cual los trabajadores ocupan de forma sucesiva los mismos puestos de trabajo, conforme a un cierto ritmo, continuo o discontinuo, con la consiguiente obligación para aquéllos de prestar sus servicios en diferentes horas y durante un período determinado de días o de semanas (art. 36.3 ET). De esta noción legal se infiere que el trabajador a turnos es quien realiza un horario sujeto a un sistema de trabajo rotatorio, esto es, por turnos. Esta forma de organizar el trabajo y de delimitar el horario en el que la prestación laboral ha de cumplirse, admite dos modalidades en el supuesto de empresas en las que el trabajo a turnos comprende todos los días de la semana, con inclusión de domingos y festivos: ya sea mediante equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, ya sea contratando a otros trabajadores para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana (art. 36.3.3.º ET), de modo que estos últimos son contratados a tiempo parcial para cubrir el descanso semanal de aquéllos.

Esta clase de trabajo y horario está acompañada de ciertas reglas dirigidas a proteger la salud, contra la violencia de género y la formación de los trabajadores que los realizan.

a) Protección de la salud.

- Por vía precautoria no imperativa se exhorta a tener en cuenta la rotación de los turnos en la organización del trabajo de éstos cuando se trate de empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas (art. 36.3.2.º ET).
- La prohibición de que ningún trabajador esté en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria (art. 36.3.2.º ET). Esta regla prohibitiva viene pues a limitar de forma indirecta la anterior regla meramente indicativa.
- La prohibición de realizar trabajo a turnos a la mujer en situación de embarazo, parto reciente o en período de lactancia natural, como una de las medidas a adoptar, en caso preciso, por el empresario cuando los resultados de la evaluación de riesgos laborales revele un riesgo para su seguridad y su salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia [art. 26.1 LPRL y Capítulo 12, III, 1, B)].
- El derecho de los trabajadores a turnos de gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, lo que incluye unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los que disfruten los restantes trabajadores de la empresa (art. 36.4 ET).

b) Protección contra la violencia de género. La trabajadora víctima de esta clase de violencia tiene derecho, como ya se estudió, bien a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, bien a la reordenación del tiempo de trabajo a través, entre otras fórmulas, de la adaptación del horario (art. 34.7 ET), medida ésta que incluye sin duda el horario a turnos. Como también se señaló, el ejercicio de este derecho ha de ajustarse a los términos que se establezcan en convenio colectivo o acuerdo de empresa, o en el acuerdo que se adopte entre la empresa y la trabajadora. La inexistencia de estos acuerdos determina que la concreción del ejercicio del citado derecho corresponda a la trabajadora (art. 37.7 ET).

c) Protección de la formación. El trabajador tiene derecho a elegir turno de trabajo cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional [art. 23.1.*a*) ET]. Este derecho puede ejercerse tanto si se trata de trabajo a turnos en el sentido riguroso antes definido de ocupación sucesiva o rotatoria en los mismos puestos de trabajo de distintos trabajadores, como en una acepción más amplia referida a la adscripción permanente de los trabajadores a cada uno de los turnos que están establecidos y, por tanto, sin la obligación de rotar. Entendimiento que la jurisprudencia acepta dado que dicho precepto estatutario no distingue entre las distintas formas de organizar los turnos, ni condiciona la preferencia del trabajador al establecimiento en la empresa de un determinado sistema de turnos de trabajo (STS 25-10-2002).

III. INTERRUPCIONES DE LA JORNADA DE TRABAJO

1. Concepto

La interrupción de la jornada de trabajo supone el cese temporal de la prestación de trabajo con mantenimiento de la prestación salarial, sin que tal cese comporte incumplir la obligación de trabajar, ni, por tanto, pueda aplicarse al mismo el mecanismo resolutorio que para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas prevé el artículo 1.124 CC. Con alguna excepción, resulta consustancial a dicha interrupción la pervivencia durante la misma del derecho al salario, ya que, a diferencia de la suspensión del contrato de trabajo, el empresario no está aquí exonerado de cumplir con su prestación retributiva al considerar la norma que, en esta figura interruptiva, ha de prevalecer la tutela de ciertos bienes jurídicos del trabajador.

2. Clases

Atendiendo a la regularidad con la que se producen las interrupciones, puede distinguirse entre las periódicas y las no periódicas. En las primeras, existe seguridad en que el cese de la prestación laboral se producirá, aunque por razones objetivas pueda haber alguna variación posterior. De aquí que sea necesario formalizar su programación en un documento denominado calendario laboral. Por contraste, en las interrupciones no periódicas se ignora si aquel cese ha de producirse, así como las fechas en las que han de tener lugar, de modo que no resulta factible realizar una previsión al respecto, ni con carácter general ni, en ciertos casos, de forma individual. Finalidad común de ambas clases es la tutela de la estabilidad en el empleo, admitiéndose legalmente que su acaecimiento no comporte la extinción de la relación individual de trabajo.

A) Interrupciones periódicas

a) Descansos diario, semanal y en días festivos

El necesario complemento a la limitación legal de la jornada de trabajo, viene dado por la regulación de los períodos de tiempo que quedan al margen de la misma, por tratarse de tiempo obligado de descanso del trabajador. Así, la regulación de la jornada de trabajo no tiene sólo un aspecto cuantitativo, sino también cualitativo. Esta dimensión cualitativa está vinculada al principio general de adaptación del trabajo a la persona, que el empresario debe tener en cuenta especialmente a fin de atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores, debiéndose notar que la simple recomendación con la que se formula el principio es a todas luces insuficiente. Con el mismo carácter de sugerencia, se indica que estas exigencias han de tomarse en cuenta de forma particular en la determinación de los períodos de descanso durante la jornada de trabajo (art. 36.5 ET).

La configuración legal del derecho al descanso de los trabajadores exhibe un fundamento constitucional en el mandato a los poderes públicos para que garanticen el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada de trabajo y las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE). De esta determinación constitucional surge un derecho al descanso de los trabajadores, concretado en la facultad de cesar temporalmente en su prestación laboral con periodicidad diaria, semanal y anual, de acuerdo con lo establecido en la ley, que configura estas interrupciones con el carácter de mínimos de derecho necesario relativo. A la finalidad protectora de la seguridad y la salud del trabajador, se une asimismo en la moderna concepción de estos descansos el objetivo de conciliar el tiempo de trabajo y el tiempo libre, ampliando éste bajo la idea de que el trabajo no agota de ningún modo las formas de vinculación social que permiten el desarrollo de la personalidad.

a') Descanso diario. Con periodicidad diaria, y salvo algunos sectores de la producción en que queda reducido (por ejemplo, marina mercante y pesca, laborales agrícolas, forestales o pecuarias o transporte por carretera), se establece, como ya se anticipó, *un descanso mínimo* de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 34.3 ET). En los sectores exceptuados, la regla general es que la reducción de este descanso mínimo diario entre jornadas se compense con descanso alternativo de duración no inferior a la reducción experimentada, en períodos posteriores establecidos reglamentariamente para cada supuesto. Estos descansos compensatorios pueden acumularse, íntegra o parcialmente, para disfrutarlos junto con las vacaciones anuales, siempre que ello se autorice en convenio colectivo, que exista previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado y que quede garantizado un descanso mínimo de diez horas entre jornadas (art. 2.1 RDJE), de forma que la acumulación sólo comprenda la diferencia entre las diez horas de este descanso mínimo específico y las doce horas del descanso mínimo general.

A evitar que se frustren las finalidades propias del descanso diario se dirige la prohibición de que el disfrute de los descansos compensatorios se sustituya por compensación económica, excepto en el caso de que finalice la relación laboral por causas distintas de la duración del contrato (art. 2.2 RDJE).

b') Descanso semanal. La duración mínima del derecho al descanso semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, es de un día y medio ininterrumpido. Para su determinación, la regla general, que admite numerosas excepciones por vía dispositiva, es que este descanso comprenda la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo (art. 37.1 ET). A salvo de dichas excepciones quedan los trabajadores menores de dieciocho años y los del servicio del hogar familiar, para quienes el descanso ha de ser necesariamente semanal y de dos días ininterrumpidos [arts. 37.1 ET y 8.*d*) DEH]. Es posible, asimismo, y como ya se estudió, establecer reglamentariamente ampliaciones, limitaciones y regímenes de descanso alternativo (por ejemplo, empleados de fincas urbanas, comercio y hostelería). De ellas derivan descansos compensatorios, acumulables también con el período de vacaciones anuales en la forma antes señalada para el descanso diario. De igual modo, resulta inviable sustituir los descansos compensatorios por compensación económica, excepto en los supuestos de finalización la relación laboral por causas distintas de la duración del contrato o de opción, para el trabajo en el mar, por la compensación en metálico como horas extraordinarias cuando se haya acordado en convenio colectivo, siempre que se garantice el disfrute de un día de descanso semanal y dicha retribución no exceda de la mitad de los restantes días de descanso no disfrutados [arts. 2.2 y 18.*c*) RDJE], debiendo por lo tanto compensarse con descanso la otra mitad no retribuida.

Aunque la duración mínima del descanso semanal se configura como regla general imperativa, la determinación de los días en que el descano deba disfrutarse «pertenece al ámbito de lo dispositivo, pues cabe que por convenio colectivo o contrato de trabajo se pacte una regulación distinta» (STC 19/1985), o bien que, en defecto de tales acuerdos, sea el empresario quien adopte la correspondiente decisión en uso de su facultad directiva y organizativa (STSJ/Castilla y León 6-7-1998).

La inclusión del domingo como día de descanso en la regla general del artículo 37.1 ET, así como en sus precedentes normativos desde la Ley de 3 de abril de 1904, no responde al «mantenimiento de una institución con origen causal único religioso», toda vez que «el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el "domingo" como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición» (STC 19/1985). La indiferencia legal por el fundamento religioso del citado día de descanso semanal contribuye a explicar el carácter dispositivo que se atribuye a la fijación de los días concretos de su disfrute en convenio colectivo o en contrato de trabajo. Tal fijación pactada impide que ninguna de las partes del contrato de trabajo pueda imponer a la otra tales días del descanso, lo que reza también para la trabajadora que alega lesión de su libertad religiosa cuando dicho pacto no se ha alcanzado específicamente con la misma y el convenio colectivo establece el descanso semanal con carácter general (STC 19/1985).

Recogiendo los correspondientes Acuerdos de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, establecen, para cada una de dichas entidades, la posibilidad de sustituir el descanso semanal mínimo del artículo 37.1 ET por un descanso alternativo, siempre que medie acuerdo entre las partes, de suerte que a ninguna de ellas le es posible imponerlo unilateralmente. Dicho descanso alternativo se concreta en la tarde del viernes y el día completo del sábado para las dos primeras confesiones (art. 12.1 Leyes 24 y 25/1992), y en la interrupción del trabajo los viernes de cada semana, desde las trece treinta hasta dieciséis treinta horas, así como en la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol durante el mes de ayuno (Ramadán) para la tercera, aunque en el caso de esta última confesión las horas de descanso deben recuperarse sin derecho a compensación alguna (art. 12.1 Ley 26/1992).

c') Descanso en días festivos. La regulación del descanso semanal debe completarse con la relativa a los días festivos laborales, configurados con carácter retribuido y no recuperable, de modo que no es posi-

ble compensar su disfrute posteriormente con tiempo de trabajo. Su número no puede exceder de catorce al año, de los cuales dos han de ser de ámbito local.

El régimen jurídico y distribución de estos días festivos atiende a tres ámbitos territoriales: nacional, autonómico y local (arts. 37.2 ET y 45, 46 y 47 del RD 2.011/1983, de 28 de julio, en vigor de acuerdo con la Disp. Derog. única del RDJE). Pero debe advertirse que los convenios colectivos, respetando la fijación realizada en esos ámbitos, pueden añadir los días festivos que tengan por conveniente.

a") En el ámbito nacional se establecen doce fiestas laborales, atendiendo a su carácter:

- De carácter cívico: 12 de octubre (Fiesta Nacional de España) y 6 de diciembre (Día de la Constitución Española).
- De acuerdo con el ET, fiestas de carácter laboral y religioso: 1 de enero (Año nuevo), 1 de mayo (Fiesta del Trabajo) y 25 de diciembre (Natividad del Señor).
- En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, fiestas de carácter religioso, que se estructuran en dos subgrupos:
    1) 15 de agosto (Asunción de la Virgen), 1 de noviembre (Todos los Santos), 8 de diciembre (Inmaculada Concepción) y Viernes Santo.
    2) Jueves Santo, 6 de enero (Epifanía del Señor) y 19 de marzo (San José) o 25 de julio (Santiago Apóstol).

Dos reglas se establecen con relación a estas fiestas de ámbito nacional. Por un lado y con la implícita finalidad de evitar los denominados puentes, se faculta al Gobierno para trasladar a los lunes todas las fiestas de ese ámbito que tengan lugar entre semana, excepto las señaladas en el artículo 37.2 ET, que son inamovibles (1 de enero, 1 de mayo, 12 de octubre y 25 de diciembre) y excepto, aunque la norma no lo diga, que dichas fiestas coincidan con lunes o sábado pues en este caso ya se salva la fragmentación que se pretende evitar. Por otro, con carácter imperativo debe ser objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas del mencionado ámbito que coincidan con domingo.

b") En el ámbito autonómico se faculta a las CCAA para que, dentro del límite anual de catorce días festivos, puedan señalar las fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo con esta finalidad determinadas fiestas de ámbito nacional que se señalen reglamentariamente (las indicadas en el anterior apartado *a"*).2) y en todo caso puedan sustituir las que se trasladen a lunes por el Gobierno. Asimismo, las CCAA pueden hacer uso, en su ámbito territorial, de la facultad de trasladar a los lunes sus propias fiestas, ya tengan lugar entre semana o coincidan con domingo. Por último, les corresponde también la facultad de añadir una fiesta más a las catorce, bien que con carácter recuperable, en el caso de que, en el año que así ocurra, no puedan establecer una de sus fiestas tradicionales al no existir un número suficiente de fiestas nacionales que coincidan con domingo.

La relación de fiestas laborales de ámbito autonómico ha de publicarse anualmente por el MEYSS en el *BOE*. La Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6 de octubre de 2011 dio publicidad a la correspondiente a 2012 (*BOE* 14-10).

c") Ámbito local. Se consideran asimismo inhábiles, a efectos laborales, hasta dos días de cada año natural que, con el carácter de fiestas locales, cada municipio tenga como propias por tradición. La autoridad competente las determina a propuesta del Pleno del correspondiente Ayuntamiento, debiendo publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y, en su caso, en el Boletín Oficial de la Provincia.

b) Descanso anual: vacaciones

a') Concepto y función

El descanso anual se concreta en el derecho del trabajador a disfrutar un período mínimo de treinta días naturales de vacaciones retribuidas (arts. 40.2 CE y 38.1 ET). El disfrute de las vacaciones es un derecho

de maduración progresiva, que se genera diariamente y que se completa con un año de servicios. Por ello, el trabajador que no lo alcance habrá de disfrutar la parte proporcional al tiempo trabajado.

La jurisprudencia ha venido considerando que la función que cumple el disfrute de este derecho comprende una doble faceta. De un lado, se concibe «para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral» y, de otro, atiende a la disposición de «un tiempo de esparcimiento o desalineación» (STS 30-4-1996). La doctrina constitucional ha modificado este criterio (STC 192/2003) señalando que:

> [...] esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (v. gr., art. 21.1 LET, a contrario, y arts. 110.2 y 120.3 de la Ley general de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos [...]

Por consiguiente, el alto Tribunal entiende que:

> La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho [...]

En suma, la función que cumple el descanso vacacional no está subordinada a una restauración fisiológica y psíquica de la fuerza de trabajo a fin de proseguir la actividad laboral, sino que estriba únicamente en la libre disposición del trabajador de un tiempo no vinculado a la prestación de trabajo en la empresa que satisface ese derecho, pudiendo aquél dotar ese tiempo libre del contenido que considere más conveniente, con excepción de los supuestos legales limitativos de esa libre disposición.

b') Duración

Las vacaciones anuales tienen una duración mínima de treinta días naturales (arts. 38.1 ET y 7.1 Directiva 2003/88), por lo que de su cómputo no se excluyen los domingos y otros festivos (SAN 3-2-1997), si bien deben hacerse al respecto dos precisiones. Por un lado, la admisibilidad no infrecuente de que mediante pacto colectivo se mejore esa duración mínima, por ejemplo, acordando el disfrute de 26 días de vacaciones con exclusión de sábados, domingos y festivos (STSJ/Castilla-La Mancha de 27-11-1992), o sumando el día o días que correspondan al período de vacaciones si en éste existe uno o más festivos (STSJ/Cataluña de 26-4-2013). Por otro, que, sin necesidad de pacto, el domingo se excluye del cómputo de dicho período si el primer día de vacaciones coindide con esa festividad, dado que tal día es, en términos generales, de descanso del trabajador, por lo que ese primer día de asueto ha de ser siempre laborable (STSJ/Madrid de 7-11-2007).

Determinadas suspensiones o interrupciones del contrato de trabajo que tienen lugar fuera del período de vacaciones se computan como tiempo de trabajo, de forma que no pueden reducir dicho período. Puede tratarse de supuestos de ausencia del trabajo por motivos independientes a la voluntad del trabajador, tales como enfermedad, accidente o maternidad (arts. 5.4 Convenio OIT 132/1970 y 16.2 Directiva 93/104), o dependientes de esa voluntad, como sucede con el ejercicio del derecho de huelga legal (STS 10-12-1993). Por otra parte, la duración de las vacaciones no puede verse afectada por el ejercicio del poder disciplinario empresarial, ya que el empresario tiene expresamente prohibido sancionar al trabajador

con reducción de su período de vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso (art. 58.3 ET), lo que incluye, por tanto, los restantes períodos de descanso diario y semanal.

c') Retribución

La retribución del período de vacaciones a que tiene derecho el trabajador comprende «por lo menos su remuneración normal o media» (art. 7.1 Convenio OIT 132/1970). La jurisprudencia interna y la doctrina judicial han admitido que los convenios colectivos excluyan de dicha retribución ciertos complementos salariales vinculados al rendimiento o al puesto de trabajo, tales como los relativos al plus de mayor dedicación (SSTS 19-4-2007 y 3-10-2007) o al plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad (SSTSJ/Madrid de 18-6-2001 y Andalucía, Granada, de 7-11-2001). Sin embargo, tales criterios han de considerarse superados de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que entiende, con mejor fundamento, que «La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo», deduciéndose de esta finalidad que la «retribución ordinaria del trabajador es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas» (STJCE 20-1-2009).

Este último criterio se ha venido siguiendo en la negociación colectiva, en la que es práctica frecuente que los convenios colectivos determinen que aquella clase de complementos (por ejemplo, primas, comisiones o incentivos) se incluyan en el salario de las vacaciones con arreglo al promedio de lo percibido por dichos conceptos en los meses inmediatamente anteriores a su percepción. Este proceder también encuentra acomodo en resoluciones judiciales que avalan, desde hace tiempo, su inclusión en la regla de la citada norma internacional sobre la «remuneración normal o media», ya que «sólo constituyen excepción a esta regla general aquellos conceptos generales de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando realmente se trabaja excepcionalmente…» (SSTS 14-2-1994 y 17-12-1996). No quedan exceptuadas de dicha regla las "retribuciones variables" que se devenguen en la jornada ordinaria, que no pueden ser excluidas por "ninguna disposición o práctica nacional" de la retribución de las vacaciones conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 7.1 Directiva 2003/88/CE (STJUE 22-5-2014), lo que ha permitido a la doctrina judicial interna incluir en dicha retribución el promedio de ciertos complementos salariales variables, tales como la hora nocturna, la hora festiva o el plus de jornada partida (SAN 17-9-2014).

La indisponibilidad del derecho al descanso anual justifica, por otra parte, que se excluya su compensación económica como contrapartida a la renuncia a su disfrute (arts. 40.2 CE, 38.1 ET y 7.2 Directiva 2003/88). La prohibición se exceptúa, sin embargo, en el supuesto de que se extinga el contrato de trabajo antes de la fecha fijada para su disfrute, lo que comporta compensación económica proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia (art. 7.2 Directiva 2003/88/CE y SSTS 30-4-1996 y 25-2-2003); compensación que tiene naturaleza salarial (STS 9-3-2005).

d') Período de disfrute

La fijación de la fecha del disfrute de las vacaciones corresponde al acuerdo entre empresario y trabajador, con sometimiento a lo que pueda establecer el convenio colectivo sobre la planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET). Esto significa que tal planificación convencional prevalece sobre el pacto individual, que éste no es admisible cuando establece condiciones inferiores al convenio (STS 30-6-2008), que tal planificación condiciona el margen disponible por las partes en el contrato de trabajo y que ni el empresario puede fijarlas unilateralmente (STS 5-5-2009), ni el trabajador puede disfrutarlas tampoco por esta vía unilateral, conducta ésta sancionable incluso con el despido (STS 15-2-1990). En esta materia son numerosos los convenios que establecen determinados criterios a los que ha de ajustarse el período de disfrute, como son, a guisa de ejemplo, el disfrute escalonado por grupos o categorías de trabajadores,

los criterios de preferencia por antigüedad o responsabilidades familiares o la exclusión de determinadas fechas por necesidades de la actividad productiva.

Si no existiera acuerdo, la jurisdicción del orden social ha de fijar la fecha para el disfrute en procedimiento sumario y preferente, siendo su decisión irrecurrible (arts. 38.2 ET y 125 y 126 LRJS).

Sea cual fuere la forma de establecerlas, en todo caso cada empresa debe fijar el calendario de vacaciones y el trabajador debe conocer la fecha que le corresponda con una antelación mínima de dos meses al comienzo del disfrute (art. 38.3 ET). La mencionada fecha puede, en realidad, abarcar más de un período vacacional, lo que significa que es factible fraccionar su disfrute siempre que una de las fracciones comprenda un mínimo de dos semanas laborables ininterrumpidas (arts. 38.2 ET y 8 Convenio OIT 132/1970).

Ha venido siendo criterio sostenido pacíficamente por la doctrina judicial que las vacaciones no podían acumularse en años posteriores, dado que cada año caduca el derecho a su disfrute al tratarse de un derecho de maduración progresiva (SSTSJ Andalucía, Granada 4-10-2000 y Cataluña 26-0-2001). No obstante, este criterio ha sido modificado por lo que hace a dos supuestos de suspensión del contrato de trabajo.

El primer supuesto contempla tanto el derecho de la mujer trabajadora a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la que se produzca una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, como el derecho del trabajador a ese disfrute en fecha distinta al período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad (art. 38.3.2º ET conforme a la LEMURMEL). Tal derecho podrá ejercerse aunque haya terminado el año natural al que correspondan las vacaciones. Se incorpora así a la norma legal la jurisprudencia comunitaria (STJCE 18-3-2004) y la interna (STS 10-11-2005), con cambio consiguiente de la anterior contraria al reconocimiento del mencionado derecho (STS 27-6-1996).

El segundo supuesto se refiere a la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias distintas a las señaladas en el anterior supuesto. Cuando esta situación coincida con al período de anual de vacaciones, total o parcialmente, el trabajador podrá disfrutarlas una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado (art. 38.3.3º ET conforme a la LEMURMEL).

En este segundo supuesto, el ET también recoge la modificación jurisprudencial de su precedente criterio, que negaba la posibilidad de reconocer el disfrute del período de vacaciones en fecha posterior cuando la incapacidad temporal se había iniciado antes del comienzo de dicho período, salvo en los casos legalmente exceptuados por el artículo 38 ET (SSTS 3-10-2007 y 20-12-2007), es decir, cuando en convenio colectivo o en contrato de trabajo se hubiera admitido esa posibilidad. El fundamento de tal modificación reposaba en la jurisprudencia comunitaria, que, considerando la finalidad de disposición de un tiempo de ocio y esparcimiento propia del derecho de vacaciones, afirmaba el derecho del trabajador que se encontrara en una situación de incapacidad temporal, a petición suya y al objeto de disfrutar efectivamente las vacaciones, a tomarlas en fecha distinta a aquella en que tenga lugar la incapacidad temporal (STJCE 10-9-2009 y, en semejante sentido, STJCE 20-1-2009). Sobre esta base, la jurisprudencia interna modificó su anterior criterio a partir de la STS 24-6-2009, reconociendo el mencionado derecho de vacaciones en tal supuesto y señalando, por tanto, que «nada ha de impedir el disfrute ulterior, aun cuando se hubiera agotado el año natural al que correspondían» (STS 25-5-2011).

Pero, junto a ello, el segundo supuesto legal que acaba de exponerse supera asimismo el criterio jurisprudencial en cuya virtud la incapacidad temporal que sugiera durante el disfrute del período de vacaciones no permitía al trabajador disfrutar los días de solapamiento, al tratarse de un riesgo que éste debía asumir (STS 24-6-2009). A la superación por el ET de este criterio contribuyó su cuestionamiento por la doctrina científica, al señalar que no se trataba aquí de un supuesto en que el empresario deudor quedara liberado de su obligación de hacer de carácter medial (posibilitar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones), por resultar ésta legal o físicamente imposible (art. 1.184 CC). Porque, cuando la mencio-

nada coincidencia se produjera, los días de vacaciones no disfrutados debido a la incapacidad temporal podían materialmente disfrutarse con posterioridad a la fecha fijada, rebasando incluso el año natural al que correspondieran. Conceptualmente se trataba, por tanto, de un supuesto de revisión de la obligación de medios ante una dificultad relevante sobrevenida para satisfacerla (incapacidad temporal durante las vacaciones), pero que no resultaba equiparable a la imposibilidad. Tal revisión sería factible y las vacaciones podrían realizarse en este supuesto, se argumentaba, siempre que concurrieran los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia civiles para el supuesto de dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación: inexistencia de culpa por parte del acreedor (el trabajador), alteración imprevisible de las circunstancias y desequilibrio notorio entre las prestaciones de las partes (posibilitar el disfrute efectivo de las vacaciones y reanudar el trabajo sin haberlas disfrutado, en todo o en parte).

c) Documentación de las interrupciones periódicas: el calendario laboral

El calendario laboral es un documento que el empresario ha de elaborar con carácter anual y con determinado contenido relativo al tiempo de trabajo y a las interrupciones periódicas de la prestación laboral, debiendo exponerse un ejemplar del calendario en un lugar visible de cada centro de trabajo (art. 34.6 ET). Se trata de una facultad del empresario (STS 24-1-2003) que constituye, al tiempo, una obligación que éste ha de cumplir (STS 8-6-1994). Aunque es el empresario quien debe aprobarlo, los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser consultados y emitir informe con carácter previo a su elaboración [Disp. Adic. 3.ª*a)* RDJE].

Aunque en la actualidad la norma no contempla su contenido, a diferencia de la legislación anterior (art. 4.3 RD 2.001/1983), respetando en cada caso los mínimos de derecho necesario y los acuerdos o pactos alcanzados, en dicho documento deben figurar la distribución anual de los días laborables, los días de descanso (semanales o entre jornadas), los días festivos y otros días inhábiles, así como el número de horas de trabajo ordinario que corresponde a cada jornada laboral (STS/Cataluña 13-11-2003). También debe incluir el período de vacaciones (o períodos) «cuando se trata de vacaciones colectivas o vacaciones conjuntas de todo el personal», lo que resulta coherente considerando que dicho calendario debe reflejar la distribución anual de los días de trabajo y los días inhábiles a efectos laborales (STS 3-5-1994). No es preceptivo, sin embargo, que figure el horario de trabajo (SSTS 18-9-2000 y 14-2-2007), pero nada impide que se incluya con las especificaciones que correspondan (STS 9-12-2003).

B) Interrupciones no periódicas

El cese temporal de la prestación de trabajo con derecho al salario puede tener asimismo un carácter no periódico. La diferencia fundamental de estas interrupciones con las de carácter periódico estriba en que, mientras los descansos se configuran en todo caso como tiempo libre del trabajador durante el cual éste no tiene obligación de prestar sus servicios, las interrupciones no periódicas afectan a un tiempo que el trabajador ha contratado previamente como tiempo de trabajo, pero cuya efectividad se somete a una condición de origen legal, con arreglo a la cual si se produce alguna de las circunstancias legal, convencional o contractualmente previstas, cesa la obligación de trabajar en ese lapso de tiempo sin pérdida del salario correspondiente. Estas interrupciones no periódicas pueden deberse bien a los denominados permisos del trabajador, bien a la imposibilidad de la prestación.

a) Permisos

El uso legal del vocablo permiso para denominar las interrupciones no periódicas ajenas a la imposibilidad de la prestación tiene una connotación autorizatoria y de discrecionalidad empresarial —de la que también participa el término licencia ocasionalmente utilizado con esa finalidad identificatoria— que no se compadece con la configuración como derechos de dichas interrupciones. Sería técnicamente más ade-

cuado utilizar el término ausencia, considerando que, si concurre la causa legal de interrupción, el empresario carece de margen discrecional para concederla al atribuirse en todos los supuestos un inequívoco derecho del trabajador a interrumpir su prestación laboral, sin detrimento de su salario, de acuerdo con los motivos preestablecidos y observando ciertos requisitos. Así lo reconoce implícitamente el artículo 37.3 ET —que incluye la mayor parte de los permisos— cuando enumera los motivos en cuya virtud el trabajador «podrá ausentarse del trabajo».

Con carácter general, la ley contempla los motivos que justifican dichas interrupciones sin considerarlos con carácter tasado, pudiendo el convenio colectivo o el contrato de trabajo incluir nuevos supuestos de interrupción no periódica (por ejemplo, ausencia por asuntos personales: STS 5-11-2002), ampliar o especificar la duración de los recogidos en la ley o concretar los términos de su ejercicio. No deben catalogarse como interrupciones no periódicas los denominados permisos o licencias sin sueldo contemplados con frecuencia en los convenios colectivos, sino como suspensiones del objeto del contrato de trabajo.

a') Motivos

La enumeración legal de los motivos que fundan el derecho al permiso [arts. 23.1.*a*), 37.3, 37.4, 37.4 bis, 68.*e*) ET y 9.1.*a*) y 9.2 LOLS] es susceptible de clasificarse atendiendo al interés prioritario que tal derecho pretende satisfacer, prioridad que no impide que en algunos supuestos concurra más de un interés.

a'') De interés privado

1) Quince días naturales en caso de matrimonio [art. 37.3.*a*) ET], civil o religioso. Con evidente desfase respecto de otras zonas del ordenamiento sociolaboral (por ejemplo, en materia de pensión de viudedad), el ET sólo contempla la institución del matrimonio, heterosexual u homosexual, para invocar con éxito este motivo de ausencia. La doctrina judicial ha admitido, sin embargo y con criterio que no es pacífico (SSTSJ/Madrid, 25-3-1998 y Castilla y León, Burgos, 19-10-2006), pero que jurídicamente presenta fundamento más sólido, la extensión del derecho a las uniones de hecho legalmente registradas cuando el convenio colectivo remite a la normativa reguladora de dichas uniones o así lo establece directamente (SSTSJ/Navarra 30-1-2004 y Andalucía, Sevilla 26-5-2009 y 2-3-2010). Sucesivos matrimonios o uniones de hecho registradas (disolución del anterior o fallecimiento) dan lugar a otros tantos permisos —cuando el convenio los amplia a estas últimas—, aunque alguna resolución judicial ha considerado, con argumentación parcialmente discutible, que la pareja que presta servicios en una misma empresa no puede disfrutar de forma consecutiva de este permiso, primero como unión de hecho registrada y después como matrimonio (STSJ/Cataluña 12-6-2007).

Saliendo al paso del silencio legal y de determinada interpretación judicial, algunos convenios colectivos prevén la no absorción de ciertas interrupciones, periódicas o no, por el permiso de matrimonio (por ejemplo, determinando que este permiso no puede ser absorbido, en todo o en parte, por el período de vacaciones).

2) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La duración del permiso se amplía a cuatro días cuando el trabajador precise realizar un desplazamiento con este motivo [art. 37.3.*b*) ET]. Ante el silencio de la ley, algunos convenios colectivos especifican lo que debe entenderse por desplazamiento a estos efectos (por ejemplo, en el vigente Convenio Colectivo General de la Industria Química, art. 49.2, el desplazamiento de 100 a 200 km, supone un día adicional de permiso y más de 200 km dos días adicionales).

Dado que la ley no explicita el carácter de los días de duración del permiso, cabría entender que se trata de días naturales conforme a la regla civil supletoria (art. 5.2 CC). Sin embargo, debe prevalecer la interpretación del precepto laboral en cuanto ley especial [art. 37.3.*b*) ET] y considerar tales días como

laborables porque la ausencia en los días festivos o no laborables no precisa de justificación alguna (STSJ/ Islas Baleares 30-9-2009).

La utilización por la norma del término «nacimiento» en la primera parte del supuesto de hecho permite incluir al hijo con independencia de su filiación, matrimonial o extramatrimonial (arts. 39.2 CE y 108 CC). Por la misma razón, y salvo lo que pueda establecerse en convenio colectivo, quedan excluidos de tal supuesto los hijos adoptivos y los menores acogidos. Sin embargo, la jurisprudencia unificada considera que del análisis del artículo 37.1.*b*) ET «el único parto que da derecho al permiso es el del cónyuge del trabajador» (STS 24-7-2008), si bien debe tenerse en cuenta que la doctrina judicial viene admitiendo la concesión del permiso cuando el nacimiento tenga lugar en el marco de la convivencia extramatrimonial registrada y siempre que el convenio colectivo reconozca el derecho al mismo para esa clase de unión afectiva (SSTSJ/Navarra 20-2-2004 y La Rioja 6-4-2006).

Respecto de la segunda parte del supuesto de hecho (el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) se plantean dos cuestiones relevantes.

En primer lugar, la norma se refiere únicamente a «parientes», lo que dejaría fuera del permiso al cónyuge o pareja de hecho registrada del trabajador. Pero esta conclusión conduce al incoherente resultado de admitir que, por vía de ejemplo, en caso de enfermedad grave el trabajador tiene derecho al permiso cuando se trate de un hermano pero carece de él si es su cónyuge o pareja de hecho registrada la que se encuentra en esa situación. Determinados convenios colectivos subsanan la deficiente técnica del citado precepto estatutario incluyendo también al cónyuge y a la pareja ligada por vínculo matrimonial en esta segunda parte del supuesto de hecho, lo que viene admitiéndose sin reparo por la doctrina judicial (SSTSJ/País Vasco 30-11-1999 y Navarra 6-10-2005), con la precisión de la jurisprudencia unificada de que no puede equipararse en modo alguno el parto con la enfermedad, ya que aquél tiene su acomodo en el supuesto de nacimiento de hijo (STS 24-7-2008).

En segundo término, debe señalarse que el convenio colectivo carece de habilitación para reducir el supuesto de hecho únicamente a los parientes por consaguinidad, ya que el artículo 37.3.*b*) ET no distingue para la concesión de estos permisos entre parentesco por consaguinidad y por afinidad (STSJ/Galicia 7-7-1993), incluyendo expresamente a ambos. A igual conclusión debe llegarse, aunque no siempre se entienda así por la doctrina judicial (STSJ/Extremadura 23-3-1999), cuando el convenio colectivo no especifica el tipo de parentesco al regular el permiso por este motivo.

Por otra parte, y aunque el titular del permiso puede ser teóricamente la mujer o el hombre, dado que el precepto estatutario utiliza con este fin el término «trabajador», lo cierto es que la titularidad real la ejerce el hombre, teniendo en cuenta que, en el caso de nacimiento de hijo, la mujer utiliza su derecho a suspender el contrato por maternidad y que, de las dieciséis o dieciocho semanas de su duración, seis han de ser inmediatamente posteriores al parto [Capítulo 13, II, 2, A)].

3) Un día por traslado del domicilio habitual. El permiso se refiere aquí al traslado por motivos personales. Para el traslado de carácter laboral por interés de la empresa la regulación se contempla en el artículo 40 ET (Capítulo 12, II, 4). No es preciso para ejercer el derecho al permiso que en el domicilio habitual habite la familia del trabajador, bastando con que el domicilio sea el habitual, lo que incluye, entre otros, el unipersonal. Tampoco es imprescindible que el traslado suponga al tiempo mudanza de mobiliario (STS 9-5-1992).

4) Por el tiempo indispensable para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban efectuarse dentro de la jornada de trabajo [arts. 37.3.*f*) ET y 26.5 LPRL]. La precisión temporal que contiene el precepto se refiere, no a la necesaria y evidente coincidencia del examen y técnica en el marco de dicha jornada, sino al hecho que el tiempo fijado por los servicios sanitarios para su realización no admita otra alternativa no coincidente con el tiempo de trabajo, de modo que sea posible conciliar ambos tiempos.

La titularidad del derecho al permiso corresponde en exclusiva a la mujer trabajadora embarazada, conforme especifican los artículos 9 Directiva 92/85 y 26.5 LPRL frente a la genérica referencia a los trabajadores del artículo 37.3.*f*) ET (STS/Andalucía, Sevilla, 23-4-2007). La mención legal al embarazo deja fuera del contenido del derecho las situaciones de fecundación artificial, ya admitidas legalmente en nuestro ordenamiento (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Con arreglo a sus funciones complementaria y suplementaria de la norma legal en materia de permisos, algunos convenios colectivos adaptan aquí también la realidad social a la norma laboral, incluyendo dichas situaciones.

5) Una hora de ausencia diaria del trabajo, que puede dividirse en dos fracciones, por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Recuérdese que el trabajador, hombre o mujer —la trabajadora ya no es la titular originario del permiso—, está facultado para sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad [*supra* I, 3, B)] o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en acuerdo con el empresario, que ha de respetar lo que haya podido establecerse mediante dicha negociación (art. 37.4 ET conforme con la LEMURMEL).

La actual titularidad indistinta del permiso por cualquiera de los progenitores cancela la controversia suscitada con la anterior regulación respecto de la atribución a la madre de la titularidad exclusiva de tal permiso. La doctrina constitucional no consideró que esta exclusividad implicara discriminación alguna para el trabajador varón, dado que la mujer pertenece a un grupo social especialmente desfavorecido en el que la prohibición de discriminación supone también «la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y de oportunidades de la mujer y del hombre», de forma que dicha titularidad no puede considerarse discriminatoria por razón de sexo al anclarse «su justificación objetiva y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre» (STC 109/1993).

En la vigente regulación de este permiso por la LEMURMEL resulta por tanto indiferente que uno de los dos progenitores no trabaje. Se pone fin de este modo a la anterior divergencia de la doctrina judicial, que en unos pronunciamientos negaba a la madre el derecho al permiso en el caso de que no trabajara o fuera trabajadora autónoma, lo que suponía imposibilidad de transmitirlo al padre aunque éste tuviera la condición de trabajador asalariado (SSTSJ/Galicia 2-11-1999 y 22-9-2010), en tanto que en otros admitía el permiso y su transferencia al padre aunque la madre trabajara por cuenta propia, bien sobre la base de la interpretación literal y sistemática del artículo 37.4 ET (STSJ/Madrid 10-10-2008 y STSJ/Galicia 12-11-2010) o bien cuando el convenio colectivo lo permitiera (STSJ/Navarra 15-12-2003). La vigente regulación del permiso recoge el criterio mantenido al respecto por el TJUE en sentencia de 30-9-2010, modificatorio de la reseñada doctrina judicial, y en el que se afirma la vulneración del artículo 13 de la Directiva 76/207 (modificada mediante Directiva 2002/73) por el artículo 37.4 ET y la existencia de discriminación por razón de sexo, al reconocerse exclusivamente a las madres que trabajen por cuenta ajena la titularidad del permiso por lactancia y negarse dicha titularidad a los padres que trabajen por cuenta ajena, salvo que la madre tenga también la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Indiscutida permanece, sin embargo, la filiación del hijo que genera el derecho al permiso, ya que tal descendiente «comprende todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio» (art. 2 Convenio OIT 103/1952, sobre protección de la maternidad). La indiferenciada referencia del artículo 37.4 ET al hijo permite incluir asimismo al adoptivo. Tampoco se modifica el límite impuesto al ejercicio del derecho en el supuesto de que ambos progenitores trabajen, pudiendo disfrutarlo en tal caso únicamente uno de ellos.

La modificación del artículo 37.4 ET por la LOI posibilitó que la duración del permiso hubiera de incrementarse proporcionalmente en los casos de parto múltiple. En todo caso, corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso dentro de la jornada ordinaria, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a dicha jornada (art. 37.6 ET). Pero el empresario puede negarse o estar disconforme con tales decisiones

del trabajador. Las discrepancias que puedan surgir a este respecto tienen un cauce de solución judicial específico mediante el procedimiento establecido en el artículo 138 bis LRJS.

El ET no establece expresamente el carácter retribuido del permiso, pero sin duda lo es, dado que el artículo 5.2 del Convenio OIT 103/1952 considera las horas de interrupción derivadas del permiso como horas de trabajo y remuneradas como tales.

6) Una hora de ausencia diaria del trabajo en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET). El derecho a ausentarse se reconoce al padre o a la madre, de forma que ambos no pueden disfrutarlo al mismo tiempo, si bien basta aquí con que uno de los dos sea trabajador asalariado para su disfrute. Este permiso está vinculado a la posibilidad de que la madre o, en su defecto, el otro progenitor, una vez disfrutadas las seis semanas posteriores al parto, solicite el aplazamiento del disfrute del restante período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad en los casos de parto prematuro u hospitalización del neonato, por cualquier otra causa, a continuación del parto, a fin de que dicho período se compute a partir del alta hospitalaria [Capítulo 13, II, 2, A)]. De este modo, durante el aplazamiento del cómputo y disfrute de dicho período de suspensión, el padre o la madre pueden utilizar este permiso hasta tanto la hospitalización del hijo continúe.

Del mismo modo que en el anterior, en este permiso el trabajador (la madre o, en su caso, el padre) están facultados para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso dentro de la jornada ordinaria (art. 37.6 ET), con igual cauce procesal para dirimir las posibles divergencias que puedan surgir al propósito entre aquél y el empresario (art. 138 bis LJS).

7) Derecho a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes [art. 23.1.*a*) ET]. Se trata aquí de facilitar al trabajador el seguimiento de sus estudios, cursados por su voluntad y en su exclusivo interés, se hallen o no vinculados con su prestación laboral. Sobre la duración de este permiso la doctrina judicial ha señalado que «… el derecho al mismo no se circunscribe a las horas de examen, sino que se extiende a la jornada completa y debe hacerse abstracción de que aquél coincida o no con la laboral… el permiso tiene por objeto que las obligaciones laborales no impidan o perturben las académicas y, con ellas, la promoción personal y profesional del trabajador» (STSJ/Cantabria de 21-4-992; en semejante sentido las SSTS/Aragón 21-7-1999 y C. Valenciana 2-5-2001). Por otra parte, el permiso debe disfrutarse con independencia del tipo de titulación académica, oficial o profesional que corresponda a los exámenes, dado que el artículo 23.1.*a*) ET no distingue a este propósito (STSJ/Castilla y León, Burgos, 23-2-2006).

El permiso no se configura como retribuido en el ET, puesto que el Convenio OIT 140/1974, sobre licencia pagada de estudios, permite que la remuneración del mismo se articule a través de distintos instrumentos jurídicos: legislación laboral, contratos colectivos, laudos arbitrales o de cualquier otro modo compatible con la práctica nacional (art. 5). De ahí que su retribución quede supeditada, en la práctica, a lo que establezca al efecto el convenio colectivo, en el que, cuando se regula el permiso, no es infrecuente reconocerla. Pero incluso el convenio puede excluirla o no contemplarla, dada la genérica exigencia legal de que en la negociación colectiva se pacten los términos del ejercicio de este derecho garantizado la ausencia de discriminación, directa o indirecta, entre trabajadores mujeres y hombres (art. 23.2 ET). En este último caso, aunque se cuente con apoyo legal, se viene a limitar materialmente el derecho fundamental a la educación (art. 27.1 CE).

8) Derecho a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. La actual regulación del permiso no lo contempla ya como alternativa al derecho a la adaptación de la jornada de trabajo para asistir a cursos de formación profesional, de modo que ambos derechos reciben ahora una regulación independiente [art. 23.1.*b*) y *c*) ET conforme a la LEMURMEL].

El permiso obedece al doble interés de empresario y trabajador de que este último pueda mejorar su cualificación profesional en el ámbito de la empresa. No debe olvidarse, sin embargo, que la desaparición de categoría profesional que lleva a cabo la propia LEMURMEL comporta un nuevo planteamiento de

la formación profesional, mucho más orientado a la polivalencia funcional, inicial o sucesiva, dentro del grupo profesional, que a la especialización propia de la categoría profesional [Capítulo 9, III, 2, C)].

Aunque tampoco en este supuesto el ET prevé el carácter retribuido del permiso, la negociación colectiva puede establecerlo —con igual garantía de no discriminación por razón de sexo a la señalada en el supuesto anterior— (art. 23.2 ET). Al margen de dicha negociación, suele tener ese carácter, ya que la concesión del permiso está incentivada mediante su cofinanciación pública en el marco del SFOEM [Capítulo 9, I, 2, B)].

9) Desplazamiento temporal. Como se verá en su momento, una de las modalidades de la movilidad geográfica consiste en el desplazamiento del trabajador por razones empresariales, cuando tal movilidad exija residir temporalmente en población distinta de la que aquél tenga su domicilio habitual [Capítulo 12, II, 4, B)]. Cuando el desplazamiento sea de duración superior a tres meses, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborales en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin que se computen como tales los utilizados en los viajes, y de cuyos gastos debe hacerse cargo el empresario (art. 40.4.2.º ET). De igual modo que en el supuesto de traslado de domicilio, este derecho se puede ejercer tanto si en el domicilio de origen habita la familia del trabajador como si no es este el caso, ya que la norma sólo exige que se trate del domicilio de origen, esto es, el anterior al desplazamiento. No es posible pactar la compensación económica del permiso en caso de que no se disfrute, dada su finalidad de aminorar el quebranto que el desplazamiento supone «para la convivencia familiar y para el ámbito afectivo de la persona» (STS 28-5-1994).

10) Derecho a un permiso de seis horas semanales, sin pérdida de la retribución, a fin de buscar nuevo empleo, que se disfrutará, por el propio trabajador o su representante legal si se trata de una persona discapacitada que lo tenga, durante el plazo de preaviso de quince días hábiles a contar desde la notificación del despido del trabajador por causas objetivas, plazo que, en principio, el empresario debe conceder (art. 53.2 ET). No obstante, la norma estatutaria permite que la falta de concesión del preaviso se sustituya por el pago de la indemnización que corresponda, sin perjuicio de los demás efectos que procedan [art. 53.4.*c*) ET], de forma que esa ausencia de preaviso implica la no concesión del permiso [Capítulo 14, III, 3, B)].

b") De interés público

Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal [art. 37.3.*d*) ET]. El precepto estatutario incluye expresamente en este supuesto el ejercicio del sufragio activo que, aunque no sea un deber sino un derecho (arts. 2.1 y 5 Ley 5/1985), posee una dimensión pública con relevancia constitucional (art. 23.1 CE) que ha determinado, con buen criterio, esa inclusión. Al margen de ella, los deberes inexcusables de carácter público y personal cuyo cumplimiento permite utilizar este permiso, derivan de diversas previsiones legales, tales como el desempeño de la función de miembro del jurado (art. 7.2 Ley 5/1995), de presidente o vocal de una mesa electoral (art. 28 Ley 5/1985) o el ejercicio de cargo público representativo que no dé lugar a la suspensión del contrato de trabajo [Capítulo 13, II, 2, A)]. La duración del permiso es «por el tiempo indispensable», para cumplir con el citado deber, pero la norma legal o convencional pueden establecer —y es usual que lo hagan— un período determinado, en cuyo caso, conforme al citado precepto estatutario, «se estará a lo que ésta disponga en cuanto a la duración de la ausencia y a su compensación económica». Para el desempeño de algunas funciones que revistan ese carácter público y personal se establecen ciertas remuneraciones (por ejemplo, en los citados supuestos de miembro del jurado o de mesa electoral). A este respecto, el empresario puede descontar del salario correspondiente al permiso dicha remuneración.

A fin de no perjudicar el interés de la empresa en el normal desarrollo de la actividad productiva, cuando el cumplimiento del mencionado deber implique la imposibilidad de realizar la prestación de trabajo en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, la empresa está facultada

para pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa prevista en el artículo 46.1 ET (designación o elección para un cargo público), finalizando así la situación interruptiva.

c'') De interés colectivo

Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente [arts. 37.3.2 y 68.*e*) ET y 9.1, 9.2 y 10.3 LOLS]. Estas funciones son en todo caso de interés colectivo, ya que se ejercen en virtud de mandatos representativos de los trabajadores. Para canalizar el derecho a interrumpir la prestación laboral en este supuesto, se establecen tres cauces. En primer lugar, el crédito de horas mensuales retribuidas de carácter laboral, a fin de desarrollar funciones de representación del personal, que se reconoce a los miembros del Comité de Empresa y Delegados de Personal [art. 68.*e*) ET], así como a los Delegados Sindicales que no tengan alguna de esas dos condiciones (art. 10.3 LOLS) y a los Delegados de Prevención (art. 37.1 LPRL). En segundo término, los permisos no retribuidos necesarios para el ejercicio de las funciones sindicales propias de cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, cuyo disfrute puede ser limitado, mediante acuerdo, atendiendo a las necesidades del proceso productivo [art. 9.1.*a*) LOLS]. Y, en tercer lugar, los permisos retribuidos de los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, cuya frecuencia y duración serán las necesarias para el adecuado ejercicio de la función negociadora. Este último permiso está lógicamente condicionado al hecho de que la empresa esté afectada por la negociación (art. 9.2 LOLS).

El ejercicio de estas funciones mediante estos permisos no se ciñe tan sólo al ámbito de la empresa, sino que su adecuado desempeño puede exigir actuaciones o gestiones fuera de ese marco. Por ejemplo, ante la Administración Laboral y de la Seguridad Social o ante la Jurisdicción social, de forma que existe al respecto un muy amplio abanico de posibilidades y realizaciones, sin perjuicio de las facultades de control no rígido por parte de la empresa sobre el correcto uso del permiso (STS 7-5-1986). Asimismo, las referidas funciones comprenden las actividades necesarias para su adecuado desarrollo. Por vía de ejemplo, el permiso para participar en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, no queda reducido «al tiempo de duración de las sesiones negociadoras y al desplazamiento, pues junto a este tiempo estrictamente indispensable hay que computar los períodos que razonablemente se inviertan en reuniones preparatorias o de evaluación, o, incluso, en el estudio de los antecedentes y propuestas de la negociación» (STS 2-10-1989).

b') Régimen jurídico

a'') Requisitos generales

El derecho al disfrute de los permisos está condicionado al cumplimiento de los requisitos generales del previo aviso y su justificación, ya sea porque así lo determina la ley de modo expreso en la mayor parte de supuestos que regula (art. 37.3 ET), ya sea porque la jurisprudencia lo exige en base al deber de buena fe, ya sea porque de otro modo el empresario no podría ejercer su facultad de control sobre el motivo del permiso, su duración y la correspondiente justificación (SSTS 2-7-1987 y 2-10-1989).

La ley no establece reglas generales en relación con el plazo y la forma del preaviso, quedando tales extremos a lo que pueda disponerse al respecto en la negociación colectiva. En todo caso, la doctrina judicial entiende que tales requisitos no pueden exigirse siempre con plena rigidez, de forma que la obligación del trabajador estriba en comunicar a la empresa la causa motivadora del permiso con antelación razonable, siempre que ello sea materialmente hacedero, y en justificarlo en cuanto resulte posible (STSJ/Andalucía, Málaga, de 1-9-1992 y 26-7-2001), lo que implica que la justificación podrá aportarse antes o después de su disfrute, según las circunstancias que concurran en cada caso. Por ejemplo, el cumplimiento

de los mencionados requisitos no puede tener siempre el mismo nivel de exigencia en el caso de traslado de domicilio que en el supuesto de fallecimiento de pariente que genera el derecho al permiso.

b") Retribución

Junto a lo ya dicho al respecto en algunos de los supuestos examinados, el derecho al permiso lleva aparejada su retribución, dado que se trata de una interrupción (no periódica) de la jornada de trabajo y no de una suspensión del contrato. Pero la ley no determina la cuantía de la retribución que corresponde al disfrute del permiso. La jurisprudencia y la doctrina judicial entienden que cuando, legal o convencionalmente, se establece el carácter retribuido del permiso, el tiempo no trabajado como consecuencia de su disfrute debe remunerarse respetando íntegramente el importe del salario que se hubiera percibido de haber realizado la prestación de trabajo, a fin de evitar que el disfrute del permiso suponga una sanción. Por ello, en dicho importe «deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el salario real» (STS 20-5-1992 y SSTSJ/Galicia 25-4-1995 y Navarra 30-9-2004), con la precisión de que los complementos salariales por rendimiento han de abonarse en el promedio de los importes percibidos por este concepto con anterioridad al permiso (STSJ/C. Valenciana 6-6-1991). Consecuente con ese criterio, tan sólo deben excluirse de dicho importe las percepciones extrasalariales, como por ejemplo, el plus por desplazamiento de pausa y bocadillo (STSJ/Navarra 29-6-2006).No obstante, algunos pronunciamientos, ante la indeterminación legal, excluyen de la retribución del permiso los complementos salariales vinculados a la prestación laboral, como por ejemplo, el plus de asistencia al trabajo, que no retribuye el tiempo de trabajo sino la inexistencia de absentismo (SSTSJ/Madrid 25-5-1993 y Cataluña 22-6-1999).

b) La imposibilidad de la prestación

La segunda clase de interrupciones no periódicas de la prestación laboral deriva de la imposibilidad de tal prestación. En estos supuestos, el trabajador se encuentra a disposición del empresario para realizarla, pero su cumplimiento contractual deviene imposible por causas ajenas a la voluntad del trabajador. Atendiendo a la causa que origina la imposibilidad, deben distinguirse dos supuestos en función de que la causa sea o no atribuible al empresario.

a') Imposibilidad imputable al empresario

La operatividad de este supuesto exige la concurrencia de tres requisitos (art. 30 ET):

1.º *Vigencia del contrato.* Conforme a la dicción legal («Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato…»), el supuesto debiera activarse desde el momento en que el contrato existe y se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades sobre la causa y la cosa que lo constituyen (art. 1.262 CC), no exigiéndose por tanto que la prestación de trabajo haya comenzado a realizarse efectivamente, sino que empiece a producir sus efectos (STS 17-11-1987). Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina judicial, con más sólido fundamento, no lo entienden así, considerando que este supuesto no puede aplicarse en los casos en que el contrato de trabajo está en suspenso o se ha extinguido, sin que por tanto pueda apreciarse la plena vigencia del vínculo contractual (SSTS 5-12-1988 y 13-12-1990).

2.º *Puesta a disposición por parte del trabajador.* Consecuente con el anterior requisito, la vigencia efectiva del contrato ha de permitir la prestación laboral por parte del trabajador, en el sentido que éste ha de estar a disposición del empresario en el marco de su jornada de trabajo, lo que elimina la posibilidad de que la falta de prestación de servicios se le puede imputar. Junto a la situación ordinaria de servicio activo, técnicamente debe considerarse también como puesta a disposición la solicitud del trabajador de reingreso una vez terminada la excedencia voluntaria (supuesto específico de suspensión del contrato de trabajo: SSTS 6-10-1989 y 21-2-1992), que el empresario niega o retrasa. Pero una línea jurisprudencial entiende, desde una perspectiva formalista, que la puesta a disposición no existe en tanto no se produzca

el reingreso, puesto que hasta este momento las prestaciones de trabajo y salario están suspendidas (SSTS 5-7-1985 y 6-6-1988).

3.º *Imputabilidad al empresario.* La imposibilidad de la prestación laboral por el trabajador encuentra su razón de ser en el retraso del empresario en proporcionarle trabajo por «impedimentos imputables al mismo».

La incorporación de la imputabilidad en el artículo 30 ET supone objetivar la causa del retraso, lo que significa que la culpa del empresario no es indispensable para que opere dicho precepto, aunque tampoco se excluye su concurrencia puesto que el derecho del trabajador a la ocupación efectiva [art. 4.2.*a*) ET] puede vulnerarse por el empresario sin causa que lo justifique. Por ejemplo, modificación sustancial de condiciones de trabajo decidida por el empresario soslayando el procedimiento establecido (STSJ/País Vasco 3-2-2004).

La indicada objetivación supone que determinados hechos han de incluirse en la esfera del riesgo que el empresario asume con su actividad, aunque el acaecimiento no se le pueda imputar a título de culpa. Una variada gama de circunstancias pueden incluirse aquí, tales como impedimentos derivados de los locales, los materiales, las maquinarias o los instrumentos de trabajo —como ya señalaba a este respecto el art. 47 LCT—, o de una deficiente gestión empresarial.

Exista o no culpa en la imposibilidad de ejecutar la prestación laboral y estando el trabajador a disposición del empresario, éste debe retribuir la prestación de trabajo contratada al imputársele la imposibilidad de su cumplimiento por el trabajador, quien, por mandato legal, «conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo» (art. 30 ET).

b') Imposibilidad derivada de fuerza mayor

La obligación empresarial de retribuir el trabajo no prestado cesa en el supuesto de que la imposibilidad derive de fuerza mayor, en cuanto suceso de origen externo a la organización de la actividad empresarial de carácter imprevisible o, si previsible, inevitable (art. 1.105 CC), diferenciado del caso fortuito, que entra en el ámbito del riesgo empresarial y que acaba de examinarse en el anterior apartado. En supuesto de fuerza mayor el mantenimiento del derecho al salario sólo es procedente si se recuperan las horas no trabajadas, lo que ninguna de las partes puede imponer a la otra y exige, por tanto, su previo acuerdo.

De modo específico, no debe considerarse un supuesto de fuerza mayor la suspensión de la actividad de la empresa o el excepcional cierre del centro de trabajo, decidido por la autoridad laboral competente cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya que la causa que impide la prestación laboral es imputable aquí al empresario y, por consiguiente, el salario es debido (art. 53 LPRL).

IV. PACTOS LIMITATIVOS DEL TIEMPO DE TRABAJO

El tiempo de trabajo ordinario puede experimentar determinadas limitaciones específicas al margen de las que derivan de la fijación de la jornada laboral, ordinaria o especial, y de las interrupciones que ésta es susceptible de acoger. Tales limitaciones pueden acontecer durante la ejecución del contrato de trabajo o bien una vez que el mismo se ha extinguido. En el primer supuesto, el tiempo de trabajo puede prestarse en régimen de exclusividad a un empresario en virtud del pacto de plena dedicación (art. 21.1 y 3 ET), o con pacto de permanencia de la relación laboral durante un cierto tiempo (art. 21.4 ET). En el segundo, el tiempo de trabajo queda limitado más allá de la extinción de la relación contractual, de modo que el trabajador no puede dedicar ese tiempo a determinadas actividades (art. 21.2 ET).

1. Pacto de plena dedicación

La exclusividad de la prestación laboral en la relación contractual de trabajo no se impone legalmente al trabajador, de suerte que éste puede pluriemplearse y realizar aquella prestación para varios empleadores en fechas coincidentes, pero en horarios distintos, y siempre que respete los tiempos de descanso establecidos. Existen, sin embargo, dos excepciones a este respecto.

La primera se refiere al pacto en cuya virtud las partes del contrato de trabajo acuerdan la plena dedicación del trabajador durante su ejecución en interés principal del empresario en que aquél no desempeñe otro trabajo al margen del convenido. Comoquiera que el pacto comporta una limitación a la libertad contractual del trabajador de elegir profesión u oficio [art. 35.1 CE y arts. 1.1 y 4.1.*a*) ET], es requisito inexcusable del contrato, cuya ausencia priva de validez al pacto (SSTSJ Cataluña 13-3-2001 e Islas Baleares 17-2-2004), que se acuerde expresamente una compensación económica, remitiéndose a las partes la valoración de la misma (art. 21.1 ET). Se admite que el trabajador recupere su libertad de trabajo en otro empleo, pero debe comunicarlo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días y con pérdida de la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación, conforme dispone el artículo 21.3 ET (por ejemplo, uso de vehículo o vivienda costeados por la empresa).

La segunda excepción no requiere de pacto, ya que se prescribe imperativamente por la ley y es consecuencia del deber contractual de buena fe [arts. 5.*d*) y 20.2 ET]. Se trata de la prohibición de concurrencia desleal durante la ejecución del contrato, que veda la prestación laboral para distintos empleadores cuando se estime dicha concurrencia [arts. 5.*d*) y 21.1 ET]. Para que dicha situación de concurrencia pueda producirse han de confluir varios requisitos: la dedicación a una actividad por cuenta propia o ajena de idéntica o similar naturaleza a la que se realice mediante el contrato de trabajo sobre un mismo círculo potencial de clientes y sin contar con la autorización del empresario; la utilización en beneficio propio de la experiencia y perfeccionamiento profesionales adquiridos en la empresa y que tal utilización perjudique los intereses de la misma (SSTS 5-6-1990 y 2-10-1990).

2. Pacto de permanencia

La libertad de rescisión del contrato de trabajo que tiene reconocida el trabajador [art. 49.1.*d*) ET] puede verse limitada, prolongando así la vigencia de su relación contractual y, con ello, su tiempo de trabajo. Esta limitación se articula mediante el pacto de permanencia del trabajador en la empresa durante cierto tiempo en interés del empresario. La relevante limitación que tal pacto supone para la libertad contractual extintiva del trabajador, explica la necesidad de que el pacto haya de cumplir ciertos requisitos (art. 21.4 ET):

a) Causal. El trabajador ha debido recibir previamente una especialización profesional con cargo al empresario, a fin de poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico. La formación profesional recibida no es la ordinaria que durante la ejecución del contrato puede disfrutar el trabajador, sino una de carácter especial que comporta un coste complementario para el empleador y un beneficio singular para el bagaje profesional del trabajador, que puede redundar en mayores facilidades de colocación en el futuro (SSTS 26-6-2001 y 6-6-2002). El trabajador puede recuperar su libertad de trabajo abandonando éste antes del plazo fijado en el pacto de permanencia, aunque tal abandono origina el derecho del empresario a percibir una indemnización de daños y perjuicios, que deben fijar los órganos de la jurisdicción social en caso de discrepancia, teniendo en cuenta la cuantía de los gastos generados por la formación especializada y el tiempo en que la empresa se ha beneficiado, durante la vigencia del contrato, de dicha formación (SSTSJ Cataluña 9-10-2001 y País Vasco 16-5-2006).

c) Temporal. La duración máxima del pacto ha de ser de dos años.

d) Formal. El pacto ha de formalizarse siempre por escrito.

3. Pacto de no competencia postcontractual

Como ya se ha señalado (*supra* IV, 1), la prohibición de concurrencia desleal rige durante la vigencia del contrato de trabajo. Pero es posible incorporar al contrato un pacto de no competencia que rija una vez extinguido éste y que exige la presencia de ciertos requisitos:

a) Causal. El empresario ha de tener un efectivo interés industrial o comercial en el pacto.

b) Instrumental. Es requisito indispensable que se satisfaga al trabajador una compensación económica, cuya ausencia determina la nulidad del pacto (STS 10-7-1991).

c) Temporal. La duración máxima del pacto se establece por la ley en dos años para los técnicos y en seis meses para los demás trabajadores. Se trata de una regla de derecho necesario relativo, por lo que las partes pueden acordar una duración menor.

No exige la ley que el pacto haya de formalizarse por escrito, de modo que no debe incluirse dicha forma como requisito de validez. La inexigencia de tal forma carece, sin embargo, de justificación, habida cuenta del alcance limitativo que este pacto posee y, por ello, de la necesidad práctica de que exista cumplida constancia de los requisitos exigidos para su celebración.

BIBLIOGRAFÍA

I. Jornada y horario de trabajo

AAVV: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 1991.
Alarcón Caracuel, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, 1988.
Alfonso Mellado, C. L., y García Ortega, J.: *Jornada y ordenación el tiempo de trabajo*, Valencia, 1994.
Cabrera Bazán, J.: «Trabajo y tiempo», *RPS*, n.º 121/1979.
Cámara Botía, A.: «La organización del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *RMTAS*, n.º 23/2000.
García Murcia, J.: «El nuevo tratamiento de las horas extraordinarias», *RL*, n.º 9/1986.
Gómez Muñoz, J. M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Pamplona, 1999.
Lahera Forteza, J., y García Quiñones, J.: *Tiempo De trabajo y conciliación familiar*, Albacete, 2008.
Lee, S.; McCann, D., y Messenger, J. C.: *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparada*, Madrid, 2008.
Martín Valverde, A.: «El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995», *RL*, 1995-II.
Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*. Pamplona, 2011.
Monereo Pérez, J. L., y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, 2009.
Monreal Bringsvaerd, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, 2005.
Pérez Espinosa, F.: «La retribución de las horas extraordinarias», *RL*, n.º 2/1985.
Rivero Lamas, J.: «Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *DL*, n.º 47/1995.
Rodríguez Iniesta, G.: *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia, 1999.
Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral*, Valencia, 2009.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convencionales», *DL*, n.º 22/1987.

II. Interrupciones de la jornada de trabajo

Cavas Martínez, F., y Fernández Domínguez, J. J.: «La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor», *REDT*, n.º 51/1992.

De la Villa Gil, L. E.: «Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», *RPS*, n.º 81/1969.
Martín Valverde, A.: «Las líneas de evolución del derecho de vacaciones», *RPS*, n.º 83/1969.
Martínez Abascal, V. A., y Rojo Torrecilla, E.: «El tratamiento legal, jurisprudencial y convencional del derecho a la educación en la esfera de la relación de trabajo», *RTL*, n.º 53/1992.
Rayón Suárez, E.: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Sevilla, 1975.
—: «Imposibilidad de la prestación», en Borrajo Dacruz, E.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1982.
Sánchez Trigueros, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, tomo VI, Pamplona, 1999.
Sempere Navarro, A. V.: «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», *RPS*, n.º 131/1981.
—: «Horas extraordinarias» y «Horario laboral», en Montoya Melgar, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.

III. Pactos limitativos del tiempo de trabajo

Baylos Grau, A.: «La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial», *TL*, n.º 8/1986.
Charro Baena, P.: «El pacto de no competencia postcontractual», *RL*, 1995-I.
López Aniorte, M. C.: *La competencia del trabajador con su empresa*, Pamplona, 1997.
Moreno de Toro, C.: «El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva», *REDT*, n.º 68/1994.
Nogueira Guastavino, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona, 1997.
Pedradas Moreno, A.: «El pacto de no concurrencia postcontractual: aspectos prácticos para su instrumentación desde la óptica jurisprudencial», *AS*, n.os 7-8/2003.
Rodríguez Piñero, M.: «Límites a la competencia y contrato de trabajo», *RPS*, n.º 16/1977.
Sirvent Hernández, N.: *El pacto de permanencia en la empresa*, Valencia, 2002.

CAPÍTULO 11: CALIDAD DEL EMPLEO: PRESTACIÓN RETRIBUTIVA

I. CONFIGURACIÓN DEL SALARIO

1. Concepto y caracteres

A) Concepto

Considerado en su faceta económica, el salario es un coste de producción que el empresario ha de tener en cuenta en el inicio y desarrollo de su actividad productiva y/o distributiva de bienes y/o servicios, ya sea en el plano laboral, ya sea en el de la Seguridad Social. En esa misma vertiente económica, el salario aparece también como la renta de que disponen los trabajadores para satisfacer sus necesidades, al tiempo que constituye hecho imponible objeto de tributación a título de rendimiento del trabajo. Contemplado en perspectiva sociológica, el salario es, en una economía capitalista, un componente de la renta que contribuye de modo decisivo a la estratificación social, esto es, a la estructuración de la sociedad en clases sociales y a la institucionalización del conflicto de clase, bien que sus expresiones coyunturales difieran en razón del momento histórico y del ámbito geográfico que se consideren. Todos estos enfoques inciden, en distinta medida, tanto en la noción jurídica del salario como en la función social que éste cumple.

Examinando el salario desde el prisma jurídico-laboral, es notorio que las normas de esta naturaleza constituyen uno de los bloques más numerosos del ordenamiento del trabajo (sobre todo, por su incorporación a los convenios colectivos), al percutir su regulación sobre una de las columnas vertebrales del sistema económico capitalista: la producción de bienes y servicios, su consumo y, junto a ello, la reproducción de la división clasista de la sociedad. Dentro de este bloque normativo, son escasas, sin embargo, las reglas destinadas a la delimitación conceptual genérica de la figura.

Estas reglas encaran una noción de cuño legal en la que, junto a las notas o caracteres básicos de la misma, aparecen otros contingentes, derivados del ámbito territorial y de la etapa histórica en que la norma aparece, susceptibles de adquirir una mayor estabilidad normativa con su incorporación a la norma y cuya importancia en el concreto régimen jurídico de la figura es incuestionable, aunque su relevancia no sea siempre de igual porte cuando se trata de aislar los elementos estructurales que la definen. Unos y otros rasgos pueden aparecer conjuntamente, tanto en la norma internacional (por ejemplo, art. 1 del Convenio OIT 95/1949, relativo a la protección del salario), como en la interna (a título ejemplar, arts. 37 LCT-1994 y 26 ET).

En el vigente ordenamiento laboral, es posible extraer del mismo una noción dogmática que permita captar la esencia del salario, esto es, sus rasgos estructurales. Desde este ángulo de visión, el salario puede considerarse como el objeto de la prestación retributiva que el empresario realiza en cumplimiento

de su obligación de remunerar el trabajo efectuado, por su cuenta y bajo su dependencia, por el trabajador. La cuantía, estructura y modalidades de dicha prestación contribuyen de forma muy significativa a reforzar la calidad del empleo cuando aquéllas se establecen y aplican de forma equitativa. La construcción legal del concepto de salario acepta implícitamente esa noción doctrinal, aunque, ateniéndose a una finalidad clarificadora y garante de la institución, lleva a cabo un deslinde más descriptivo de la misma, mediante una doble vía delimitadora, afirmativa y negativa (art. 26.1 y 2 ET).

Utilizando la vía afirmativa, se identifica como salario «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, sea cual sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo». Aunque la ley la mencione, la nota de la profesionalidad incluida en esta vertiente de la definición legal no es técnicamente exigible para calificar estas percepciones como salario, ya que no todas las prestaciones efectuadas por el trabajador asalariado tienen la especialización determinante del ejercicio de una profesión.

Mediante la vía negativa se acota la noción legal de salario rehusando esa condición a las prestaciones extrasalariales. Las más numerosas entre ellas tienen carácter dinerario y se perciben por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos efectuados como consecuencia de su actividad laboral (por ejemplo, las dietas para cubrir gastos de manutención y alojamiento por la prestación del trabajo fuera del lugar de residencia o el plus de transporte que remunera el desplazamiento habitual desde el domicilio al lugar de trabajo), de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social (al tratarse de prestaciones sustitutorias del salario, por ejemplo, subsidio por incapacidad temporal) y de indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos (por ejemplo, indemnización por despido improcedente). Tampoco tienen la consideración de salario las prestaciones que el empresario paga al trabajador como mejoras de la Seguridad Social (por ejemplo, completando la cuantía del subsidio por incapacidad temporal), ya que, aun abonadas a su cargo, son prestaciones sustitutivas del salario.

Otras prestaciones extrasalariales se regulan extramuros del ET, en normas reglamentarias y convencionales. Aunque no pueden encuadrarse en el concepto de salario, poseen un contenido económico, con inclusión de prestaciones en especie, generando derechos del trabajador que se incorporan a su relación de trabajo. Abarcan una amplía gama de manifestaciones [art. 109.2.*f*) LGSS], tales como comedores y economatos laborales, ayudas por estudio, préstamos a bajo interés o venta de productos de la empresa a precio más reducido.

Ninguna de las percepciones extrasalariales posee el carácter de reciprocidad que, como seguidamente ha de verse, resulta consustancial al salario, dado que la prestación laboral no es su causa, sino sólo su ocasión. Se devengan y perciben en el contexto del contrato de trabajo, pero no retribuyen la prestación de servicios que mediante el mismo se realiza.

B) Caracteres

a) Patrimonialidad. Las percepciones económicas que integran el salario han de ser susceptibles de incrementar el patrimonio del trabajador. Consecuencia de ello es que la patrimonialidad del salario implica que la prestación retributiva ha de ser económicamente evaluable, bien de manera directa (salario en dinero), bien de manera indirecta (salario en especie). De no ser así, nos encontraríamos o ante otro tipo de negocio jurídico, o ante supuestos de simulación contractual absoluta, construidos con el fin de crear una apariencia de contrato de trabajo en realidad inexistente y sancionados, en consecuencia, con la nulidad del negocio simulado.

b) Reciprocidad. Este rasgo significa que la cesión inicial y directa de los frutos de la prestación de servicios al empresario tiene su causa en la percepción del salario, de manera que si esta prestación se produce sin ir acompañada de la retribución salarial, no es posible identificar la ajenidad en el sentido jurídico-laboral ni, por lo tanto, la existencia misma del contrato de trabajo. En este sentido y como ya se

estudió [Capítulo 1, I, 1, C)], los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad están excluidos de la relación individual de trabajo regulada en el ET [art. 1.3.*d*)], ya que se prestan para otro pero no por cuenta ajena en el sentido antedicho, al no existir en ellos contraprestación salarial.

Con todo, debe recordarse que el carácter sinalagmático del salario no es absoluto, ya que las interrupciones de la prestación laboral, periódicas o no periódicas, no determinan la pérdida del salario sino su mantenimiento, salvo supuestos de fuerza mayor o de su disfrute por el trabajador con incumplimiento de las prescripciones legales (Capítulo 10, III).

No se ajustan a la necesaria reciprocidad que la prestación salarial exige, las cantidades que el trabajador pueda recibir de terceros como consecuencia de su prestación laboral. En este caso se encuentran tanto las prestaciones que el empresario paga al trabajador de forma delegada, es decir, por cuenta de la Seguridad Social, que es quien soporta el gasto (incapacidad temporal), como las propinas que éste puede percibir de los clientes, pero que, al no ser abonadas por el empresario, no son contraprestación del trabajo, careciendo por ello de naturaleza salarial (SSTS 1-3-1986 y 25-10-1989). Pero esta conclusión se exceptúa cuando de un fondo de propinas, establecido generalmente en convenio colectivo, se detrae una parte destinada al abono del salario por la empresa (SSTS 7-7-1986 y 23-5-1991).

Lo propio sucede con el beneficio que obtiene el trabajador de la venta de las acciones de la empresa adquiridas mediante el ejercicio de su derecho de opción sobre las mismas (*stock options*), ya que, en este caso, el beneficio no proviene de un pago hecho por el empresario, sino de un tercero que remunera la enajenación de un bien propiedad del trabajador y no la prestación de sus servicios (TS 1-10-2002). Supuesto que debe diferenciarse de aquel otro en que el trabajador, como incentivo a su actividad laboral, tiene la facultad de comprar acciones de la empresa en un plazo determinado y a un precio previamente fijado, pero que puede aumentar con posterioridad de acuerdo con su cotización en bolsa. Si dicho incremento se produce y el trabajador ejerce su derecho de opción de compra, se beneficia de la diferencia de precios, al margen de que las conserve o de que proceda a su venta. Tras algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ha considerado como salario este beneficio derivado del ejercicio del referido derecho de opción sobre acciones (*stock options*), al resultar evidente el nexo entre la actividad laboral del trabajador y la obtención de un beneficio económico dimanante del ejercicio de la opción, configurado como una percepción económica que se recibe precisamente del empresario a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada (STS 24-10-2001).

La ausencia de reciprocidad también se constata en aquellas ventajas materiales que el empresario puede conceder unilateralmente al trabajador sin reunir los requisitos de condición más beneficiosa ni, por tanto, generar derecho a su devengo y percepción, tales como obsequios en determinadas festividades o como reconocimiento al especial mérito de determinadas trayectorias profesionales. Tales ventajas, al no retribuir el trabajo, son meras liberalidades jurídicamente inexigibles (STS 21-2-1994).

c) Globalidad. El elemento de la globalidad o totalidad del salario recogido en el ET (art. 26.1) no puede considerarse en puridad como un rasgo sustancial de la figura, debiendo de calificarse como una manifestación normativa del principio de favor con que el ordenamiento laboral tutela parcialmente el salario. Así, y con el propósito de asegurar la integridad del salario dada su cualidad de prestación vital para el trabajador, el componente de la globalidad expresa la idea de incluir en el salario todos los conceptos retributivos que pertenezcan a su estructura, ya correspondan al salario base, ya a los complementos salariales. De ahí que la jurisprudencia confirme la presunción *iuris tantum* que aquel precepto recoge, en el sentido de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario (STS 25-10-1988), lo que comporta que las excepciones legales (percepciones extrasalariales) sólo operen cuando su existencia queda probada y se destruya, por consiguiente, dicha presunción (STS 9-2-1987).

2. Función

Considerando el ámbito de la realidad objeto de regulación, el salario desempeña una doble función: jurídica y socioeconómica.

La *función jurídica* del salario se vincula a la interdependencia existente entre las prestaciones básicas de los sujetos del contrato de trabajo (efectuar el trabajo y pagar el salario). Esta interdependencia no sólo define la doble posición, acreedora y deudora, de estos sujetos, sino que también cumple una función importante de identificación del objeto contractual, definido precisamente, como ya se sabe, por la relación de intercambio de trabajo por salario.

Proyectándose sobre el ámbito jurídico, la *función socioeconómica* del salario se adentra en el adecuado desenvolvimiento vital del trabajador y, en su caso, de su familia. Esta función se refleja en el derecho reconocido a los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art. 35.1 CE), al que también se refiere la CSE (art. 4.1). Nótese que estos preceptos comprenden distintas clases de trabajo dependiente y no sólo el de carácter asalariado, ya que utilizan el término «remuneración», en el que puede incluirse, desde luego, el salario.

La noción constitucional de salario familiar suficiente no se corresponde con la normativa ordinaria reguladora del salario, ya que las prestaciones familiares que el trabajador perciba por hijo a cargo tienen la consideración legal de percepciones extrasalariales, basadas en el deber normativo constitucional que asumen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE).

La doctrina científica suele considerar que la noción constitucional de *remuneración suficiente* se manifiesta de forma más concreta en la fijación por parte del Estado del SMI. Esta identificación puede admitirse siempre que no se entienda por remuneración mínima o de pura subsistencia, ya que, en el orden semántico, suficiente no puede hacerse equivaler a mínimo, pues su correcto sentido es el de apto o idóneo para lo que se necesita.

En este orden de cosas, por salario suficiente ha de entenderse el salario digno y equitativo, expresamente reconocido en la normativa internacional (arts. 23.3 DUDH y 7 PIDSEC) y derivado en nuestro ordenamiento interno del artículo 10.1 CE, que consagra la dignidad de la persona, sin distingos de clase alguna y por tanto sin consideración a sus méritos o capacidades, como fundamento del orden político y de la paz social. El salario digno ha de ser, en efecto, equitativo y satisfactorio a fin de asegurar «una existencia conforme a la dignidad humana» (art. 23.3 DUDH), concebida, como ya hubo ocasión de exponer, «como un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985). Por ello, no cualquier salario mínimo constituye por sí mismo una remuneración digna [Dictamen CESE, 23 de octubre de 2012 (punto 4.5.2)].

La dignidad del salario viene delimitada por ciertos presupuestos y exigencias. Los presupuestos imprimen en el salario digno una inevitable dimensión histórica, pues su logro está condicionado por el grado de desarrollo económico y ético de una determinada sociedad. En lo que afecta al desarrollo económico, son variables determinantes del mismo, entre otras de menor calado, la productividad, el avance tecnológico y el grado de inflación. Por su parte, la eticidad ha de vincularse, de forma señalada, al reconocimiento y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación en materia salarial (arts. 28 ET y 157.1 TFUE). Por otro lado, las exigencias comportan proporcionar al trabajador la capacidad real y efectiva para desenvolver libremente su personalidad (art. 10.1 en relación con el art. 9.2 CE). Este desenvolvimiento está soldado, por tanto, a unas condiciones de vida y de trabajo que le permitan cubrir sus necesidades materiales y culturales básicas (educación, salud, protección social, vivienda, formación y promoción profesional y desarrollo cultural) y, en su caso, las de su familia.

La equidad del salario apunta al logro y mantenimiento de una prestación retributiva que considere los parámetros objetivos necesarios para su determinación. Tales parámetros implican que la prestación salarial ha de delimitarse con arreglo a criterios de proporcionalidad que tengan en cuenta la cualificación

profesional del trabajador y las circunstancias específicas de tiempo, lugar y modo en que se ejecuta la prestación laboral.

Trasladando las anteriores categorías al plano aplicativo, el salario digno, en cuanto trasunto de la remuneración suficiente contemplada en el artículo 35.1 CE, habría de cubrirse mediante el SMI fijado por la norma estatal, pues este tipo de salario, precisamente por su función adicional de suelo mínimo y general de contratación de trabajo asalariado, debería permitir una vida conforme a la dignidad humana. Cubierto en hipótesis el salario digno para todo trabajador mediante el SMI, el salario equitativo de cada trabajador habría de determinarse a partir de los mencionados parámetros objetivos, habida cuenta de su carácter más individualizado. Esta determinación exige, en efecto, una concreción y aquilatamiento de circunstancias que sólo pueden conseguirse óptimamente por vía transaccional mediante el convenio colectivo y, más excepcionalmente, de forma complementaria o subsidiaria en determinados supuestos, a través del contrato de trabajo.

II. ESTRUCTURA SALARIAL Y MODALIDADES DEL SALARIO

1. Estructura salarial

A) Concepto

Por *estructura salarial* debe entenderse la forma en que se ordenan por la ley los componentes salariales. Estos componentes son de dos clases: el salario base y los complementos salariales. La fijación de esta estructura dual, que es competencia de la norma estatal, configura derecho necesario absoluto que la autonomía colectiva o individual no pueden modificar, sin perjuicio de su incidencia en estos componentes mejorando el primero y especificando los segundos (art. 26.3 ET).

B) Salario base

a) Concepto

El salario base es la percepción económica que integra la retribución salarial fijada por unidad de tiempo o de obra para cada grupo profesional (una vez que las categorías profesionales existentes queden suprimidas) y referida de manera global y abstracta a la prestación laboral, sin ninguna consideración a las circunstancias específicas en que se lleva a cabo la misma. El salario base puede coincidir con el SMI en el supuesto infrecuente de que ni el convenio colectivo ni el contrato de trabajo establezcan salarios base superiores a este mínimo interprofesional.

b) Significado

En el concepto de *salario base* se advierte un contenido polisémico, que encierra hasta cuatro significados diferentes.

a') Cuantitativo. Este componente del salario se configura como el más elevado respecto a la cuantía total del salario, ya que su calificación como básico impide identificarlo con el salario mínimo. Sin embargo, en la práctica y particularmente en ciertos sectores de la actividad económica, esa configuración ha ido desvirtuándose a medida que ciertos complementos salariales ganaban protagonismo, en especial los vinculados al rendimiento.

b') Referencial. Implica que el salario base se utiliza como módulo para el cálculo de determinadas cantidades que el trabajador tiene que percibir, como sucede, paradigmáticamente, con algunos complementos salariales.

c') Homogeneizador. Su sentido estriba en agrupar o unificar los grupos profesionales y, dentro de éstos, en su caso, las distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades, así como las categorías profesionales existentes hasta su supresión al concluir el período de adaptación establecido (art. 22.1 y 2 ET conforme a la LEMURMEL), introduciendo un criterio de similitud o de igualdad en la retribución salarial.

d') Identificador. Opera como mecanismo de cierre y de seguridad a favor del trabajador, permitiendo atribuir al salario base las percepciones salariales no asimilables a ninguno de los complementos del salario.

C) *Los complementos salariales*

a) Concepto

Los complementos salariales son las percepciones económicas y, cuando proceda, en especie, que se añaden al salario base y que se devengan y reconocen en razón de determinadas circunstancias que concurren en la prestación laboral. La presencia no viciada de alguna o algunas de estas circunstancias o causas hace surgir el derecho al complemento mediante pacto colectivo o individual, o bien, excepcionalmente, mediante prescripción legal (gratificaciones extraordinarias).

b) Tipología

El catálogo genérico de complementos salariales se establece en el ET y el esquema legislativo así fijado no se puede modificar mediante la autonomía negocial colectiva o individual, lo que no impide el ejercicio de la facultad de especificación que, por lo que respecta a la aplicación de aquéllos, tienen atribuida estos poderes negociales. En ese catálogo legal se incluyen tres clases de complementos:

a') Complementos personales. La causa de estos complementos reside en las cualificaciones personales del trabajador que no han sido valoradas en el momento de establecer el salario base (por ejemplo, complemento por antigüedad o posesión de titulaciones académicas o profesionales).

b') Complementos vinculados al trabajo realizado. Esta clase de complementos puede agrupar varias modalidades:

a") Complementos de puesto de trabajo. Se reconocen en razón de las condiciones materiales en que se realiza el trabajo (por ejemplo, plus por trabajo penoso, peligrosidad o toxicidad).

b") Complementos por cantidad o calidad de trabajo. Reconocen una mayor cantidad de trabajo (por ejemplo, primas, incentivos, comisiones y horas extraordinarias) o una prestación cualitativamente destacada (por ejemplo, pluses de actividad o de calidad en el resultado del trabajo).

c") Gratificaciones extraordinarias. Su causa se vincula, sin mayores especificaciones, al trabajo efectuado, en el sentido de que se devengan a medida que se ejecuta la prestación laboral diaria, de acuerdo con el trabajo efectivamente prestado. Son, pues, un «falso complemento». Por la misma razón —y de manera paradógica—, constituyen el único supuesto de complemento salarial obligatorio, ya que el trabajador tiene derecho a un mínimo de dos gratificaciones extraordinarias al año, una de éstas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio o acuerdo colectivo. Asimismo, corresponde a la autonomía negocial colectiva fijar la cuantía de tales gratificaciones y su posible prorrateo en doce mensualidades. Si no hubiera convenio ni acuerdo aplicables, la cuantía mínima de las gratificaciones se fija en treinta días de salario (base más complementos, naturalmente) cada una.

d") Complementos de residencia. Retribuyen el trabajo efectuado en un lugar determinado y se establecieron inicialmente para retribuir el trabajo prestado en las provincias insulares y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Hoy día la negociación colectiva los ha extendido a las prestaciones laborales en que el puesto de trabajo se encuentra alejado del lugar de residencia del trabajador (por ejemplo, la navegación y la representación comercial).

c') Complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa. El complemento prototípico de este grupo es la participación en los beneficios. Concebido inicialmente como una forma de participación del trabajador en los resultados económicos favorables de la empresa, hace tiempo que perdió su sentido originario y se convirtió en un complemento relacionado con la situación de la empresa, pero no con sus resultados, ya que se establece en forma de paga de cuantía fija sin ninguna conexión con los beneficios empresariales. Una modalidad más reciente de estos complementos son las opciones sobre acciones (*stock options*), anteriormente estudiadas [*supra* I, 1, B)].

d') Complementos salariales atípicos. Existen ciertos complementos del salario que no tienen un encaje adecuado en ninguno de los anteriores, lo que no impide su previsión por la norma legal. Es el caso del pacto de plena dedicación a la empresa (art. 21.1 ET) y del pacto de no concurrencia postcontractual (art. 21.2 ET). Dada su estrecha vinculación con el tiempo de la prestación de trabajo, han sido tratados en la exposición de dicha materia (Capítulo 10, IV, 1 y 3).

c) Consolidación de los complementos salariales

La LRET incorporó en el plano legal una relación de carácter supletorio entre la ley y la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato de trabajo, respecto a la consolidación de los complementos salariales. Como principio, el poder negocial colectivo puede determinar libremente el carácter consolidable o no de dichos complementos. Ahora bien, la norma legal considera no consolidables los complementos vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa en caso de inexistencia de pacto en contrario a estos efectos (art. 26.3 ET).

2. Modalidades del salario

El ET no establece clasificación alguna respecto de los tipos o modalidades que el salario puede revestir. Pero de la regulación estatutaria se pueden inferir hasta tres modalidades del salario, atendiendo a los criterios que para su determinación subyacen en dicha regulación.

A) Salario en metálico y salario en especie

El criterio utilizado en estas modalidades es el tipo de bien mediante el que se cumple la obligación retributiva.

La ley considera *salario en metálico* —aunque no utiliza esta denominación— el que se abona en moneda de curso legal, con talón u otra modalidad de pago similar mediante entidades de crédito. Corresponde al empresario elegir la modalidad de pago entre las mencionadas, previo informe al Comité de Empresa o Delegados de Personal (art. 29.4 ET). El *salario en especie* consiste en bienes diferentes del dinero, pero económicamente evaluables (por ejemplo, alojamiento o manutención). La antigua práctica del *truck-system* explica el recelo del legislador ante esta clase de salario, susceptible de provocar actuaciones fraudulentas. Esta resistencia queda patente en la prohibición legal de que el salario en especie exceda el 30 por 100 de las percepciones salariales (art. 26.1 ET), porcentaje que la ley exceptúa al alza en algún supuesto, como sucede con la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar [Capítulo 6, I, 2, B)]. De esta prohibición se infiere la posibilidad de establecer o pactar de salarios mixtos, en metálico y en especie.

B) Salario por unidad de tiempo, por unidad de obra y salarios mixtos

El *salario por unidad de tiempo* es el que se obtiene de acuerdo con la duración del trabajo prestado en la unidad temporal que se considere (día, mes, año), sin tener en cuenta el resultado ni la cantidad de

obra efectuada por el trabajador. El uso de este criterio temporal en el cálculo del salario no significa, sin embargo, que el trabajador no tenga que cumplir su prestación laboral sometiéndose a un rendimiento mínimo, ya que dicha prestación se halla sujeta en todo caso al deber de diligencia legalmente establecido [arts. 5.*a*) y 20.2 ET].

A diferencia del anterior, el criterio utilizado para determinar *el salario por unidad de obra* es el rendimiento obtenido por el trabajador en su prestación laboral. A pesar de que éste es el criterio básico para calcular el citado salario, deben tenerse en cuenta dos precisiones. En primer lugar, que en esta modalidad el tiempo no es del todo indiferente, ya que cuando se retribuye por unidad de obra es necesario saber cómo se valora cada unidad retribuida, lo cual resulta inviable si no se conoce previamente el tiempo utilizado en su ejecución. En segundo lugar, que la deuda principal del trabajador es siempre una deuda de actividad (prestación de servicios), aunque en esta clase de salario el rendimiento ocupe un lugar preferente. Esto significa que, en este contexto, el trabajador ejecuta su prestación por cuenta ajena en el sentido jurídico-laboral y que, sea cual sea el rendimiento alcanzado, se le garantiza la percepción del SMI o del salario base convencional o contractual superior que se haya acordado.

Los *salarios mixtos* combinan los dos criterios anteriores, de manera que al salario por unidad de tiempo se le añade otra partida correspondiente al resultado obtenido como consecuencia del rendimiento de la prestación laboral. Los sistemas de primas e incentivos o los salarios en parte a comisión (art. 29.2 ET) están articulados sobre este doble criterio.

C) Salario de clasificación y salario de cualificación

Mientras que el *salario de clasificación* surge del acuerdo de clasificación profesional subjetiva entre trabajador y empresario, en cuya virtud se asigna al primero un grupo profesional (art. 22.4 ET conforme a la LEMURMEL), el *salario de cualificación*, en cambio, deriva de la valoración del puesto de trabajo que se desempeñe (*job valuation*) conforme a sus características específicas. El uso de este doble criterio, subjetivo y objetivo, en la determinación del salario se traduce en la posibilidad de que trabajadores encuadrados en un mismo grupo profesional reciban retribuciones diferentes en virtud de las valoraciones también distintas que se lleven a cabo de sus respectivos puestos de trabajo. En todo caso, la diversa valoración ha de fundarse en criterios objetivos relacionados con las peculiaridades del puesto de trabajo, de forma que la misma sea ajena a todo propósito discriminatorio.

III. DETERMINACIÓN DEL SALARIO

En la determinación de la cuantía de la retribución salarial deben considerarse dos facetas: las fuentes de fijación del salario y los principios que deben guiar su aplicación.

1. Fuentes de fijación

La cuantía del salario puede establecerse en distintos niveles de regulación: estatales, convencionales y contractuales. Esta fijación suele tener un carácter concurrente, en el sentido de que es usual que en la misma intervengan normas o pactos de distintos niveles.

A) Estatales: salario mínimo interprofesional y sus funciones

a) Función de garantía salarial

Como ya se examinó (*supra* I, 2), la noción del SMI encuentra su fundamento primario y central en la consagración por el artículo 35.1 CE de la remuneración suficiente que, de modo inexcusable, ha de ser

digna y equitativa. Sobre ese fundamento se construye la noción de SMI, que obedece a la finalidad adicional de fijar el suelo cuantitativo de imposible reducción cuando se preste trabajo asalariado, operando así dicha noción al abrigo del principio de norma mínima a fin de evitar la contratación fraudulenta en este terreno, al tiempo que se configura su función de garantía salarial, conceptualmente necesaria para la existencia del contrato de trabajo y materialmente exigida por el carácter de prestación vital propio del SMI.

Junto a la fijación anual de los límites de crecimiento que pueden experimentar las retribuciones del personal al servicio del sector público, la intervención básica del Estado en materia salarial se centra en la determinación anual, mediante norma reglamentaria, del SMI. Se trata de una función propia del Estado social (art. 1.1 CE) y punto de llegada de una evolución garantista del ordenamiento de trabajo en esta materia. Esa evolución surge frente a la idea del liberalismo económico y jurídico clásico de que aquella intervención es incompatible con el libre juego de la ley de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. El Proyecto de Ley de 8 de octubre de 1855 (Alonso Martínez), sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección en la industria manufacturera, expresaba bien esa idea al señalar en su artículo 2 que «Son libres [...] 2.º los contratos sobre prestación de servicios [...], sin que autoridad, corporación o personas extrañas a las partes puedan intervenir en la tasación del salario o cantidad de servicio...». Tras la fijación de salarios mínimos profesionales durante la dictadura primorriverista y la II República, la dictadura franquista convertirá estos salarios en interprofesionales a partir del 1 de enero de 1963 (Decreto de 17-1-1963).

En la normativa vigente, la fijación anual de la cuantía del SMI por parte del Gobierno del Estado se encuentra sujeta a dos requisitos. El primero se refiere a la consulta previa con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, que tiene carácter obligatorio pero no es vinculante.

El segundo requisito exige que aquel órgano tenga en cuenta determinados factores, si bien tampoco aquí ninguno de ellos tiene carácter vinculante.

a') El índice de precios al consumo. Se trata de una medida estadística de los precios de los bienes y servicios consumidos por la población residente en viviendas familiares. En la normativa que precedió al ET se calculaba la variación que este índice experimentaba con anterioridad a la fecha de revisión de los salarios. En la actualidad, tal determinación se realiza conforme a la previsión de inflación futura, que sólo considera el índice del período anterior como elemento de referencia para determinar dicha previsión. Sobre esta base y como cláusula de salvaguarda, se establece la revisión semestral del SMI para el supuesto de que la previsión quede por debajo del aumento real de los precios (art. 27.1 ET), de forma que el SMI se ajuste a este incremento. Se busca así acompasar el SMI a la evolución que experimenten los precios de los bienes y servicios objeto de consumo, sin dejar por ello a un lado la necesidad de mantener el poder adquisitivo básico de esa remuneración desde la perspectiva del funcionamiento del sistema económico.

b') La productividad media nacional. Se determina mediante la relación existente en promedio entre la cantidad de producto obtenido en el conjunto del Estado (renta nacional o PIB) y el tiempo de trabajo efectivo destinado a su obtención por la población activa ocupada. Se trata de un criterio que simplifica una realidad más compleja, ya que en la productividad inciden otros factores, tales como la formación profesional, la gestión empresarial, la inversión productiva o la utilización de nuevas tecnologías.

c') El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. Este factor permite tener en cuenta dos dimensiones en la fijación del SMI. Una de ellas posee carácter disuasorio, dado que el aumento del SMI por este cauce contribuye a paliar una mayor apertura del abanico retributivo a través de los complementos salariales. La otra vertiente responde a una dimensión igualitaria en relación con la indicada productividad media nacional, ya que, si ésta crece, es coherente que el SMI también lo haga considerando que el trabajo humano suele coadyuvar, en distinta medida, a ese incremento.

d') La coyuntura económica general. Entre los factores enumerados éste es el que presenta un mayor grado de indeterminación, pudiendo ser utilizado en un sentido restrictivo o ampliatorio y complementa-

rio de los anteriores en función de la coyuntura económica y del tipo de política económica que se realice. Su utilización en ambos sentidos viene propiciada por los artículos 40.1 CE (distribución de la renta regional y personal más equitativa y realización de una política orientada al pleno empleo) y 131.1 CE (planificación de la actividad económica general).

En esta línea, la crisis económica desatada en 2007 supuso el mantenimiento o «congelación» durante el año de 2012, por vez primera en la etapa constitucional, de las cuantías del SMI establecidas para 2011 (RD 1.888/2011, de 30 de diciembre, que mantiene el fijado mediante RD 1.795/2010, de 30 de diciembre). Incrementadas las cuantías del SMI vigentes para 2013 y establecidas en 21,51 euros/día o 645,30 euros/mes (art. 1 RD 1.717/2012, de 28 de diciembre), éstas se mantuvieron de nuevo en las mismas cuantías para 2014 (art. 1.1 RD 1046/2013, de 27 de diciembre) a fin de responder «al dificil contexto económico actual que aconseja la adopción de políticas salariales durante el año 2014 que puedan contribuir al objetivo prioritario de recuperación económica y a la creación de empleo» (preámbulo del RD 1046/2013); mantenimiento que contrastaba vivamente con las reiteradas declaraciones oficiales afirmando la efectividad de dicha recuperación y con el referido incremento de 2013 que parecía apuntar levemente en ese sentido de mejoría. La tímida recuperación de algunos indicadores económicos conduce al incremento del SMI en un 0,5 por ciento para 2015 "acompasando así la evolución de los salarios con el proceso de recuperación del empleo" (Preámbulo RD 1106/2014, de 26 de diciembre), cuyo artículo primero lo fija en 648,60 euro/mes

Las cuantías del SMI están referidas a la jornada legal de trabajo en cada actividad. Si la jornada es inferior han de percibirse en proporción al tiempo de trabajo considerado como efectivo. El SMI diario no incluye la parte proporcional de domingos y festivos.

La norma reglamentaria establece, asimismo, reglas especiales para trabajadores temporeros y eventuales cuyos servicios no excedan de ciento veinte días, a fin de que perciban, junto al SMI, la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones cuando no coincida la duración del contrato con el período de su disfrute, así como las dos pagas extraordinarias mínimas (art. 4.1 RD 1106/2014). El SMI de los empleados al servicio del hogar familiar que trabajen por horas en régimen externo será de 5,08 por hora efectivamente trabajada (art. 4.2 RD 1106/2014 en relación con el art. 8.5 DEH).

En las cuantías del SMI, ya sea diario o mensual y con independencia de la duración del contrato, sólo se computa la retribución en dinero, de modo que el salario en especie no puede reducir en ningún caso aquellas cuantías (art. 4.3 RD 1106/2014).

b) Función de indicador de rentas

Corresponde también al SMI desempeñar usualmente una función de indicador del nivel de rentas. Tal función se manifiesta, en primer lugar, en distintos ámbitos del ordenamiento sociolaboral, tales como la protección del salario, la fijación de las bases mínimas de cotización, el acceso a la prestación por desempleo, a la renta activa de inserción o en las subvenciones en materia de empleo…). Pero, en segundo lugar, el SMI también venía cumpliendo esa función más allá de los contornos de aquel ordenamiento, con un carácter extralaboral, lo que desvirtuaba su esencial función garante del suelo mínimo de contratación salarial, al intervenir en su fijación anual realidades no directamente vinculadas con el trabajo asalariado y su protección social.

Con la doble finalidad de recuperar las funciones propiamente laborales del SMI (garantía salarial e indicador de nivel de rentas en el ámbito laboral) y de desconectarlo de otras finalidades, se llevaron a cabo dos regulaciones paralelas (arts. 1 y 2 RD 3/2004). Por un lado, manteniendo la vinculación del SMI con los supuestos estrictamente laborales (tales como las garantías, privilegios o preferencias del salario, el importe de la garantía financiera que deben constituir las ETT o el acceso y mantenimiento de la prestación y el subsidio por desempleo). Por otro, creando el IPREM con el fin de que pudiera utilizarse como indicador del nivel de rentas en relación con determinadas prestaciones, beneficios o servicios pú-

blicos (percepción de becas y pago de tasas en el ámbito educativo, acceso a viviendas de protección oficial o determinación de mínimos exentos a efectos fiscales), sustituyendo en esta función al SMI, aunque extendiendo dicha función de indicador para algunos extremos de la protección por desempleo (art. 211 LGSS). La cuantía del IPREM se diversifica en tres tipos, diario (17,75 euros), mensual (532,51 euros) y anual (6.390,13 euros) y se determina anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, teniendo en cuenta, al menos, el objetivo de inflación que se establezca en dicha norma. El criterio utilizado para esa determinación en los últimos ejercicios económicos ha sido el mantenimiento de las cuantías fijadas para 2011 (Disp. Adic. 18.ª Ley 39/2010) en los siguientes ejercicios (Disp. Adic. decimocuarta Ley 2/2012, de 29 de junio, para 2012; Disp. Adic. Octogésima segunda Ley 17/2012, de 27 de diciembre, para 2013, Disp. Adic. Octogésima Ley 22/2013, de 23 de diciembre, para 2014 y Disp. Adic. Octogésima cuarta Ley 36/2014, de 26 de diciembre para 2015).

B) Convencionales

La negociación colectiva brinda el cauce idóneo para dar curso a las genéricas previsiones de la ley en materia salarial, adaptándolas a las características y necesidades de los distintos sectores y empresas. En ocasiones, la propia ley remite a los convenios y acuerdos colectivos la regulación de las condiciones de trabajo o de materias específicas, entre ellas, la salarial. En otras, son los propios instrumentos negociales colectivos los que, mediante la amplia habilitación que les reconocen los artículos 37.1 CE y 85.1 ET, abordan directamente dicha materia. A este respecto, deben destacarse determinadas funciones y facultades que la negociación colectiva despliega en dicha materia o afectando indirectamente a la misma.

a) Funciones de delimitación salarial. Confieren a los instrumentos negociales colectivos facultades de mejora y especificación de los distintos componentes que integran la estructura del salario, tales como la fijación del salario base, generalmente en cuantía superior al SMI, o la determinación del número, la cuantía y el sistema de cálculo de los complementos salariales (arts. 26.3, 31 y 85.1 ET).

b) Funciones de garantía salarial. Encuentran manifestaciones señaladas mediante facultades dirigidas a mantener el derecho a ciertos complementos salariales, pactando su carácter consolidable o no (art. 26.3 ET), o a preservar el poder adquisitivo del salario, incluyendo cláusulas de revisión salarial operativas durante la vigencia del instrumento negocial colectivo (art. 85.1 ET).

c) Funciones de salvaguarda de la actividad empresarial. Dos clases de medidas destacan entre ellas. Por un lado, las destinadas a contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, tales como la determinación de los procedimientos y períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa [art. 85.3.*i*) ET] —que puede tener incidencia indirecta en el salario—, o la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, entre las que puede encontrarse la materia salarial [arts. 41.1.*d*) y 41.4 ET]. Por otra parte, la que faculta para establecer, mediante acuerdo colectivo de empresa y previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo aplicable, de sector o de empresa, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen (art. 82.3 ET).

Este conjunto de funciones o algunas de ellas pueden someterse a determinados límites por parte de la ley. Su estudio corresponde al contenido de los convenios colectivos [Capítulo 19, III, 3, B) y 6, B)].

C) Contractuales

El contrato de trabajo puede cumplir de forma subsidiaria algunas de las funciones encomendadas a la negociación colectiva, cuando ésta no tenga lugar o cuando no aborde la regulación de determinados aspectos del salario. En este sentido, la autonomía individual está facultada para individualizar la cuantía del salario, respetando los mínimos legal y, en su caso, convencionalmente establecidos, cumpliendo de este modo el contrato una función de mejora y adaptación de las reglas generales o sectoriales.

Es también admisible pactar en el contrato un salario global, así denominado por integrar en una sola cifra las distintas percepciones salariales que correspondan al trabajador en cuanto acreedor de la prestación retributiva. La finalidad de simplificación que mueve a incorporar este pacto al contrato encierra, por otra parte, el peligro de excluir de esa cifra global alguna partida salarial a la que el trabajador tenga derecho. Para conjurar ese riesgo debe traerse a colación el límite general aplicable a los pactos individuales que incorpore el contrato de trabajo, en cuya virtud queda impedido en todo caso el establecimiento, mediante esa relación contractual y en perjuicio del trabajador, de condiciones menos favorables o que contradigan las disposiciones legales y los convenios colectivos [art. 3.1.*c*) ET]. La aplicación de ese límite implica aquí que aquella cifra global no puede ser de ningún modo inferior a la que resulte de sumar todas las cantidades debidas al trabajador en concepto de percepciones de carácter salarial (STS 12-2-1983).

2. Principios retributivos

A) Principio de neutralización

La finalidad de este principio estriba en evitar la superposición de las mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras (SSTS 10-11-1998 y 6-3-2007). A este respecto, el ET contiene dos reglas. La primera es general y, pese a su tenor imperativo («operará»), establece la posibilidad de utilizar la técnica de la compensación y absorción «cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia» (art. 26.5 ET). Contempla aquí la ley un supuesto específico de compensación y absorción, pero referido al salario. El precepto, pese a su tenor imperativo, ofrece al empresario la posibilidad de que los incrementos salariales derivados de convenio colectivo o de norma reglamentaria (reguladora del SMI) no se sumen a los superiores que venga percibiendo el trabajador, conforme al contrato o al convenio, respectivamente, tomados en su conjunto y computados anualmente. Valga como ejemplo el de un trabajador que percibe en virtud de su contrato de trabajo, con carácter anual y por todos los conceptos, un salario de quince mil doscientos euros. En el convenio colectivo por el que se rige, el salario del grupo profesional al que pertenece se incrementa desde los quince mil euros anuales a los quince mil cuatrocientos euros también anuales. Si el empresario decide aplicarle la compensación y absorción salarial, el trabajador pasará a percibir esta última cantidad del convenio y no la de quince mil seiscientos euros anuales, que resultaría de sumar el incremento salarial del convenio para su grupo (cuatrocientos euros anuales) a la diferencia superior que percibe en su salario anual respecto del fijado para dicho grupo (doscientos euros anuales). Por lo tanto, los doscientos euros que viene percibiendo como condición más beneficiosa quedan compensados y absorbidos con el incremento convencional, de modo que el trabajador tendrá únicamente un aumento salarial de doscientos euros anuales. Esta compensación y absorción no opera de forma automática, cupiendo pacto en contrario mediante convenio o contrato (SSTS 15-1-1990 y 23-5-2006) y siendo también admisible que el empresario renuncie unilateralmente a su facultad neutralizadora.

La segunda regla aplica la anterior al SMI pero con carácter imperativo (art. 27.1 ET), de modo que la revisión de éste «no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél» (art. 27.1 ET). Si éste es el caso, el incremento del SMI no se suma en ningún caso a los salarios profesionales (los salarios mínimos fijados en convenio), sino que el primero es absorbido y compensado por los segundos. El salario mínimo en cómputo anual que debe tomarse como término de comparación con los salarios profesionales a fin de saber si ha de aplicarse el mecanismo de la absorción y compensación, será el que resulte de sumar al SMI vigente los complementos salariales, sin que en ningún caso pueda tomarse en consideración a estos efectos una cuantía anual inferior al SMI en tal período (catorce mensualidades), que para 2013 es de 9.034,20 euros (art. 3.1 RD 1.717/2012).

B) Principio de igualdad retributiva

Cualquiera que sea la fuente reguladora de la remuneración del trabajo asalariado, el principio de igualdad retributiva presenta, en su recepción estatutaria, una doble manifestación. De un lado, genérica por cualesquiera razones (art. 17.1 ET). De otro, específica por razón de sexo (art. 28 ET).

a) Igualdad retributiva genérica

Considerado en un plano genérico, el principio de igualdad retributiva proscribe toda situación discriminatoria, directa o indirecta, entre otras, «en materia de retribuciones» (art. 17.1 ET). Se traslada así el principio constitucional de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) al ámbito laboral, reforzándose de este modo el derecho del trabajador a no ser discriminado para el empleo o una vez empleado [art. 4.2.*c*) ET].

En este ámbito genérico, la estructura del principio está integrada por varios elementos:

a') Elemento instrumental. En coherencia con el carácter genérico de esta igualdad, se identifican con amplitud los medios jurídicos mediante los que la misma puede vulnerarse, que comprenden ciertos poderes reguladores colectivos (los preceptos reglamentarios y las cláusulas de los convenios colectivos), los sujetos del contrato de trabajo (los pactos individuales), así como a las decisiones unilaterales del empresario.

b') Elemento causal. Las situaciones de discriminación rechazadas afectan, en enumeración abierta del artículo 17.1 ET, a la materia de retribuciones, abarcando un amplio elenco de factores susceptibles de originarlas: edad, discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

El principio proscribe las diferencias injustificadas en materia de retribuciones vinculadas al contrato de trabajo, esto es, carentes de una razón objetiva y suficiente. Esto sucede, por vía ejemplar, con la fijación de un salario inferior para los trabajadores temporales respecto de los que tengan concertado contrato indefinido (STC 177/1993 y SSTS 7-7-1995 y 22-1-1996) o con el establecimiento de una diferente modalidad de abono del complemento de antigüedad únicamente en función de la fecha de ingreso en la empresa (SSTS 25-7-2002, 20-4-2005 y 18-6-2010).

No existiendo una igualdad de trato retributiva absoluta en materia laboral, las diferencias retributivas no vulneran este principio cuando están justificadas en criterios objetivos, tales como la experiencia profesional, las titulaciones, los resultados obtenidos por el trabajador en relación con las causas que fundan ciertos complementos salariales (STC 34/1984), la clase de trabajo prestado, el rendimiento exigido y la capacidad económica de la empresa (STS 22-7-1997). La objetividad de esta clase de criterios y su justificación en cada supuesto alejan formalmente la discriminación prohibida en materia retributiva. Sin embargo, no llegan a eliminar desde un plano material la injustificada y subrepticia diferencia que deriva de la división social del trabajo, sobremanera, aunque no sólo, la que surge históricamente entre trabajo intelectual y trabajo manual [Capítulo 5, II, 1, A)]. Esta diferencia no se considera jurídicamente discriminatoria, pero no es dudoso que colisiona con elementales principios de equidad. Piénsese, a modo de ejemplo, en que las diferencias retributivas amplísimas existentes entre un alto directivo y un policía se fundan en una valoración económica desproporcionada de los factores de clasificación profesional de cada uno. Así, para el primero a factores tales como la autonomía, la responsabilidad o el mando corresponderán unas cuantías retributivas muy superiores a factores como la penosidad, la peligrosidad o la monotonía en la ejecución de la prestación laboral asignados al segundo. En suma, en tanto la objetividad en la asignación de factores clasificatorios está asegurada, no sucede lo mismo con la valoración económica que de dichos factores se realiza, reafirmándose de este modo la estructura clasista de la sociedad.

c') Elemento modal. La situación discriminatoria prohibida puede producirse tanto por vía directa como indirecta, incluyendo, en consecuencia, la desigualdad ante la ley y la desigualdad por el resultado.

d') Elemento sancionatorio. A la conducta discriminatoria injustificada se le anuda una triple consecuencia sancionatoria. En primer lugar, se establece la nulidad y la carencia de efectos de las normas y actos que la han puesto en práctica. En segundo término, cuando la conducta se plasme en decisiones unilaterales del empresario, ésta se califica de infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales (art. 8.12 LISOS). Y, por último, cabe asimismo la sanción penal derivada de la aplicación del artículo 314 CP cuando concurran los pertinentes elementos del tipo (objetivo y subjetivo). Debe señalarse, no obstante, que las causas de la discriminación penalmente sancionable en este precepto no coinciden íntegramente con las incluidas en el artículo 17.1 ET (por ejemplo, en éste se contemplan la edad o la libertad sindical individual positiva y negativa que en aquél se omiten). Esta discordancia es relevante porque la aplicación del tipo penal exige como condición objetiva de punibilidad que el sujeto activo no restablezca la situación de igualdad ante la Ley «tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado». Aunque esta exigencia se cumpla, si la causa discriminatoria está ausente del referido tipo la aplicación del precepto penal resulta inviable.

b) Igualdad retributiva por razón de sexo

En el reconocimiento del derecho a una remuneración suficiente, el artículo 35.1 CE incluye la concluyente prohibición de que «en ningún caso pueda hacerse discriminación en razón de sexo». Esta específica regla prohibitiva, que se reitera anualmente en la fijación del SMI (art. 1.1.º RD 1.888/2011), encuentra su principal desarrollo legal en el artículo 28 ET, que debe integrarse, a su vez, con el artículo 17 del propio cuerpo normativo, habida cuenta del carácter genérico que este último posee. Con arreglo a esta regulación, la estructura del principio está asimismo integrada por varios elementos.

a') Elemento instrumental. La discriminación prohibida alcanza expresamente al empresario en el cumplimiento de su obligación retributiva (art. 28 ET), por ser éste un ámbito proclive a la realización de la conducta ilícita. Pero se extiende también en este principio específico a los mismos poderes reguladores colectivos y sujetos del contrato de trabajo mencionados para la igualdad retributiva genérica, pues entre los factores que en relación a esta última igualdad pueden provocar situaciones discriminatorias en materia retributiva, se incluye, como se ha señalado con anterioridad, el sexo (art. 17.1 ET).

b') Elemento causal. La especificidad del principio viene determinada al identificarse el sexo como la única causa que puede provocar la discriminación combatida. La normativa internacional ha tenido un especial cuidado en afirmar específicamente el principio de igualdad retributiva en razón de sexo como consecuencia del trato desigual injustificado que la mujer trabajadora recibe en dicha materia. En este sentido, la afirmación del principio ha ido acompañada de la fijación del módulo de comparación utilizado para valorar si la desigualdad de trato encierra o no una discriminación prohibida. Aunque en algunas normas dicho módulo se establece con referencia a un salario igual por trabajo igual [por ejemplo, el art. 7.*a*).i) PIDESC], otras acogen tempranamente un indicador más amplio, postulando o reconociendo a los trabajadores de ambos sexos el derecho a una remuneración igual «por un trabajo de igual valor» (arts. 2.1 Convenio OIT 100/1951 y 4.3 CSE), formulación pronto asumida por el TJCE interpretando extensivamente la Directiva 75/117. Con posterioridad, este criterio extensivo será incorporado por la Directiva 2006/54 (art. 4) —que, entre otras, deroga la Directiva 75/117—, así como por el TFUE (art. 157.1).

En nuestro ordenamiento, la doctrina constitucional acoge este último módulo comparativo amplio (SSTC 145/1991 y 147/1995), lo que excluye, conforme a la misma, «que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico» (STC 147/1995). La revisión del artículo 28 ET por la LRET se hará eco de las citadas normativa y doctrina, estableciendo la obligación empresarial de pagar el mismo salario por la prestación de «un trabajo de igual valor». Esta nueva formulación legal significa que el carácter razonable de la diferencia retributiva no ha de fundarse necesariamente en la identidad de tareas, sino en la igualdad

del valor del trabajo (SSTC 58/1994 y 286/1994), para cuya determinación es preciso adoptar medidas que promuevan «la evaluación objetiva del empleo» (art. 3.1 Convenio OIT 100/1951).

Especialmente problemáticas han resultado en este ámbito específico los supuestos en que la diferencia salarial se encubre mediante una asignación diversa de categorías profesionales (recuérdese que éstas desaparecen con la LEMURMEL). En este caso, la constatación de la desigualdad de funciones no es suficiente, debiendo acreditar el empresario que la diferencia «no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, a la postre, hacer que su sistema retributivo sea transparente» así como que se han utilizado criterios neutros de valoración, basados en atributos identificables en ambos sexos de modo igual o equivalente y entre los que no pueden considerarse como tales las cualidades que predominan de forma más acusada en el género masculino, como es, por ejemplo, el esfuerzo físico, salvo que la naturaleza del trabajo exija específicamente su utilización (SSTC 147/1995 y 58/1994).

c') Elemento modal. La forma mediante en que la discriminación proscrita se manifieste no impide aplicar el principio. En este sentido, aunque el artículo 28 ET, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 17.1 del propio texto estatutario, no se refiere a la vía directa o indirecta de la discriminación, la doctrina constitucional ha sostenido, sobre la base del artículo 14 CE, que éste prohíbe de forma expresa la discriminación «sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, la cual tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social, generalmente femenino», siendo aplicable esta distinción al principio de no discriminación en materia salarial (SSTC 147/1995, en igual sentido STC 145/1991).

d') Elemento material. La prohibición discriminatoria comprende el salario en todos sus componentes, partidas y modalidades, así como cualesquiera otras percepciones extrasalariales [arts. 2.1.*e*) Directiva 2006/54 y 157.2 TFUE]. La ampliación de los contornos del concepto de salario utilizado a los efectos de este principio es debida a la jurisprudencia del TJCE, quien ha establecido que este principio se debe asegurar también con relación a las percepciones extrasalariales, de manera que tiene que incluir cualquier ventaja fijada por el empresario o de origen convencional como las indemnizaciones por despido (SSTJCE 17-5-1990 y 17-2-1993) o las prestaciones económicas de la Seguridad Social, entre ellas los complementos por pensiones (STJCE 14-12-1993).

e') Elemento sancionatorio. Además de la doble consecuencia sancionatoria señalada para la igualdad retributiva genérica (nulidad y carencia de efectos de las normas y actos vulneradores), la sanción penal derivada de la aplicación del artículo 314 CP es aquí aplicable cuando concurran los pertinentes elementos del tipo (objetivo y subjetivo), dado que el sexo aparece expresamente citado en el mismo como una de las causas que determinan la discriminación penalmente punible.

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES SALARIAL E INDEMNIZATORIAS

Para la mayor parte de la población activa ocupada el salario posee el carácter de prestación vital. Por esta razón, el ordenamiento establece determinadas reglas dirigidas a garantizar, dentro de ciertos límites, la percepción total o parcial del salario, así como determinadas indemnizaciones. Las garantías para la protección jurídica del salario se regulan frente a los siguientes sujetos y situaciones:

- El empresario, a fin de asegurar inicialmente el cumplimiento de su obligación retributiva en relación con el lugar, el tiempo y la forma de pago del salario.
- Los acreedores del trabajador, estableciendo el carácter inembargable del salario.
- Los acreedores del empresario insolvente o en concurso, a cuyo efecto se instituyen los privilegios del crédito salarial.

- El FGS en los supuestos de insolvencia empresarial, de determinadas extinciones del contrato de trabajo en pequeñas empresas y de despido por fuerza mayor.

1. Lugar, tiempo y forma de pago del salario

La determinación de las circunstancias que rodean al pago del salario, tiende a asegurar su efectividad, de modo que el trabajador conozca de antemano con precisión el lugar, el tiempo y la forma en que percibirá la retribución salarial.

El pago del salario ha de realizarse en el *lugar* convenido, sea en convenio colectivo sea en contrato de trabajo, y, si éste no existe, de acuerdo con lo que establezcan los usos y costumbres (art. 29.1 ET). En la práctica, la tendencia en la determinación del lugar de pago, derivada de la legislación anterior al ET y de la normativa internacional (art. 13.1 Convenio 95/1949), es evitar que el trabajador tenga que llevar a cabo desplazamientos onerosos a fin de percibir el salario. En la mayor parte de los casos, la extensión de la modalidad de pago mediante transferencia bancaria, que la jurisprudencia ha admitido como sustitutiva del pago directo y de la firma del trabajador en la nómina (SSTS 29-10-1993 y 5-11-2001), ha venido a solventar ese inconveniente de forzosa movilidad. En todo caso, la normativa internacional, con el fin de evitar el proscrito *truck-system* como sistema de pago, excluye que el pago pueda llevarse a cabo en tabernas o establecimientos similares, tiendas de venta al por menor y centros de ocio, con excepción de las personas que trabajen en ellos (art. 13.2 Convenio OIT 95/1949).

Por lo que respecta al *tiempo* del pago, la ley exige que la deuda salarial, pactada o legalmente establecida, se pague puntualmente. Esta exigencia de puntualidad se concreta en el cumplimiento por parte del empresario de la fecha convenida, colectiva o individualmente [arts. 4.2.*f*) y 29.1 ET]. Este cumplimiento está relacionado con el principio de posremuneración que rige en el contrato, de acuerdo con el cual el salario se abona tras haber prestado el servicio. Ahora bien, esto no significa que sea necesario esperar a que finalice el contrato para efectuar el pago, ya que el período de tiempo al que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no puede exceder el mes (art. 29.1 ET), regla obediente a las necesidades perentorias que el salario ha de cubrir. Atendiendo precisamente al surgimiento de necesidades imprevistas del trabajador, la norma legal regula su derecho a percibir anticipos, que, pese a su denominación, no exceptúan el mencionado principio, ya que su percepción se produce sin que llegue el día señalado para el pago del salario y con el carácter de «anticipos a cuenta del trabajo ya realizado» (art. 29.1 ET). De aquí que tal denominación sea inexacta al no tratarse de genuinos anticipos, que suponen en verdad adelanto no sólo de salarios referidos a períodos de trabajo futuro, sino del mismo devengo del derecho al salario y que pueden pactarse en los convenios colectivos conforme a su naturaleza de préstamos ordinarios (SSTS 10-1-1990, 12-2-1990 y 5-6-1995). La devolución de tales préstamos, que suelen ser sin interés, puede efectuarse bien reintegrando la cantidad prestada o bien con trabajo posterior no remunerado hasta saldar la cuantía del préstamo (SAN 12-2-2002).

El incumplimiento del pago puntual del salario, en los términos pactados o legalmente establecidos, genera tres efectos principales. Dos de ellos tienen carácter sancionador. En primer lugar, el interés por demora, cifrado en el 10 por 100 anual de la cantidad debida (art. 29.3 ET), en proporción al tiempo de demora (STS 9-2-1990), aplicable tan sólo cuando el importe debido y reclamado es pacífico e incontrovertido (SSTS 14-10-1985 y 6-11-2006) y cuando no se trata del interés que devenguen los créditos salariales reconocidos y exigidos en procedimiento concursal [*infra* IV, 2, B)]. Se configura como una mora objetiva y automática, al margen de la responsabilidad empresarial, por lo que no exige prueba del perjuicio experimentado. En segundo término, la sanción administrativa derivada de la infracción muy grave con que la ley califica el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido (art. 8.1 LISOS). El tercer efecto, de carácter rescisorio, faculta al trabajador para solicitar la extinción del contrato de trabajo cuando exista falta de pago o retrasos continuados del salario [art. 50.1.*b*) ET y Capítulo 14, I, 1, C)].

En lo referente a la *forma* que debe revestir el pago del salario, ya se ha hecho referencia a un aspecto de la misma al examinar los diferentes medios de pago que el empresario puede utilizar para el caso del salario en metálico. Por otra parte, la ley exige la documentación del pago del salario en un modelo oficial de recibo individual y justificativo de este abono. Las empresas dispusieron de cinco años a partir del 1 de marzo de 1995 para sustituir el modelo anterior. El modelo aprobado por OM de 27-12-1994 ha sido modificado por OM de 6 de noviembre de 2014 a fin de incluir en el mismo la aportación del empresario a las bases de cotización a la Seguridad Social, pues hasta ahora sólo figuraban las de trabajador, disponiendo las empresas de seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha norma (el 12-11-2014) para adaptar los anteriores modelos al ahora modificado. No obstante, la negociación colectiva puede establecer otro modelo diferente, siempre que en éste se recojan de forma clara y por separado las diferentes percepciones y las deducciones que procedan legalmente (art. 29.1.3.º ET).

2. Privilegios del crédito laboral

En el supuesto de concurrencia de acreedores del empresario entre los que se encuentren todos o algunos de sus trabajadores, cuando el patrimonio de aquél sea insuficiente para hacer frente al conjunto de las deudas, la ley jerarquiza los créditos reconocidos, conforme a su naturaleza y a la condición de los acreedores. En la ordenación crediticia, los trabajadores gozan de una protección más intensa respecto de sus créditos laborales (en su mayor parte, aunque no todos, de carácter salarial), sustanciada mediante la técnica de los «privilegios», dado que tales créditos atienden a necesidades básicas de la persona. La regulación de estos privilegios crediticios se bifurca en dos supuestos sobre la base de que el empresario no esté declarado en concurso de acreedores o bien exista tal declaración (art. 33.5 ET).

A) Inexistencia de concurso

a) Preferencias de los créditos laborales

No estando el empresario declarado en concurso y concurriendo los créditos laborales con otro u otros de aquél, han de aplicarse las preferencias crediticias establecidas en el artículo 32 ET hasta tanto no se apruebe la ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares prevista en la Disposición Final 33.ª LCo. La ordenación que a este propósito se establece en el referido precepto estatutario acoge una gradación de los privilegios dispensados a los créditos laborales que los califica en relación con los restantes créditos concurrentes y con los bienes sobre los que recaen.

a') Un privilegio general extraordinario o superprivilegio, que concede a los laborales referencia sobre cualquier otro crédito, aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca y que se puede hacer valer sobre todos los bienes del empresario. Los créditos salariales se limitan, sin embargo, cuantitativa y temporalmente, ya que tan sólo alcanzan «a los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (art. 32.1 ET).

b') Un privilegio especial o refaccionario, que cubre los créditos salariales no satisfechos mediante el privilegio anterior y tiene también preferencia sobre cualquier otro crédito, incluyendo los reclamados por la Hacienda Pública (STS, Civil, 2-2-1995), si bien con la excepción del inmueble en el que se ubica el lugar de trabajo (STS 17-11-1997). No existe aquí límite alguno respecto del período y la cuantía de los salarios objeto del privilegio, pero se incorpora un límite material, ya que los créditos salariales sólo pueden hacerse efectivos sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, por entenderse que a tales objetos está incorporado el trabajo de aquéllos (art. 32.2 ET). La inclusión de los bienes poseídos por el empresario en este privilegio se dirige a evitar situaciones de fraude (venta simulada de bienes para sustraerlos al privilegio), así como de transitoria

indeterminación de la propiedad de los objetos vendidos por el empresario sin ánimo defraudatorio pero cuyo pago todavía no se ha realizado.

c') Un privilegio general ordinario, que atañe a los créditos salariales no satisfechos mediante los privilegios anteriores. La cuantía protegida se limita al triple del SMI diario multiplicado por el número de días del salario pendientes de pago, así como al mínimo legal de la indemnización por despido, calculado sobre una base que no supere el triple del salario mínimo (art. 33.3 ET).

La preferencia que reconoce este privilegio es relativa o de menor intensidad, ya que la prioridad de los créditos salariales cede ante los créditos que se encuentren asegurados por un derecho real preferente de acuerdo con la ley (por ejemplo, prenda o hipoteca).

b) Reglas comunes a los créditos laborales

a') Prescripción de acciones. En cualquiera de los supuestos anteriores, el derecho de preferencia crediticia salarial debe ejercitarse en el plazo de un año desde el momento en que debió percibirse el salario o la indemnización, ya que el transcurso de dicho plazo determina la prescripción del derecho (art. 33.4 ET).

b') Jurisdicción competente. Corresponde al orden social de la jurisdicción el conocimiento de los litigios sobre la preferencia y efectividad de los créditos salariales (SSTS 23-3-1988 y 20-12-1988), siempre que el empresario no haya sido declarado en concurso de acreedores.

B) Declaración en concurso del empresario

La declaración del deudor —condición atribuida aquí al empresario— en concurso de acreedores determina que la preferencia de créditos haya de seguir la legislación concursal (art. 8.2 LCo), incluyendo las acciones de ejecución que ejerciten los trabajadores para el cobro de salarios e indemnizaciones por despido que se les adeuden (art. 248.3 LJS).

Efecto relevante general de la declaración del concurso es la paralización de las reclamaciones singulares planteadas ante la jurisdicción social de las que deba conocer el juez del concurso (art. 50.1 LCo). Sin embargo, la actividad empresarial no ha de interrumpirse necesariamente a causa de dicha declaración y tampoco los contratos de trabajo en vigor han de verse suspendidos o extinguidos por ese motivo. Todos los acreedores del empresario han de quedar integrados en la denominada masa pasiva del concurso (art. 49 LCo). Las preferencias crediticias de esta masa pasiva se clasifican legalmente en dos clases de créditos: créditos contra la masa activa y créditos concursales. En ellas, los créditos laborales tienen ciertas particularidades en relación con los regulados en el ET.

a) Créditos contra la masa activa

Esta clase de créditos está formada «por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquieran hasta la conclusión del procedimiento», con la excepción de los bienes y derechos legalmente inembargables (art. 76.1 y 2 LCo). El pago de estos créditos es prioritario en relación con los créditos concursales. Dentro de ellos, los créditos laborales presentan, al tiempo, una determinada prelación.

a') Un privilegio general ordinario con preferencia absoluta. El primer lugar de los créditos contra la masa lo ocupan los salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso, con una cuantía máxima del doble del SMI (art. 84.2.1.º LCo). El pago de estos créditos ha de producirse «de forma inmediata» (art. 154.2 LCo), lo que significa que no debe esperarse a que concluya el procedimiento concursal. El carácter general del privilegio supone que el crédito puede hacerse efectivo sobre el íntegro patrimonio empresarial, en tanto que su calificación como ordinario obedece a su postergación

respecto de los créditos con privilegio especial (art. 154.3 LCo), tales como la hipoteca u otras garantías reales.

b') Un privilegio general ordinario con preferencia relativa. Referido a las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, así como a los recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional por incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de salud laboral, cuando, en ambos casos, se hayan producido por el ejercicio de la actividad empresarial tras la declaración del concurso. La preferencia es relativa porque ocupa el quinto lugar entre los créditos contra la masa activa (art. 84.2.5.º LCo).

b) Créditos concursales

La norma mercantil califica por vía excluyente como créditos concursales a los créditos contra el deudor común que, conforme a la LCo, no tengan la consideración de créditos contra la masa activa (art. 84.1 LCo). Dentro de esta clase se incluyen «los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso» (art. 86.2 LCo).

Los créditos concursales se clasifican legalmente en privilegiados, ordinarios y subordinados (art. 89.1 LCo). A su vez, los créditos privilegiados se catalogan en créditos con privilegio especial, afectos a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general cuando afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2 LC). Estos dos últimos subtipos se pagan una vez que los créditos contra la masa activa han sido satisfechos. En este marco clasificatorio se inscriben los créditos laborales con distintas preferencias.

a') Un privilegio especial o refaccionario. Como sucede también en el ámbito laboral, este privilegio se aplica sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario concursado, sin que tampoco aquí existan límites temporal o cuantitativo para su satisfacción. Peculiaridad se registra, no obstante, en el orden de preferencia del privilegio: el tercero entre los créditos con privilegio especial (art. 90.1.3.º LCo) y tras los créditos con garantía real.

b') Un privilegio general. La primera posición dentro de los créditos con privilegio general se asigna a una serie de créditos laborales exigibles sobre la totalidad del patrimonio del empresario en concurso y siempre que se hayan devengado con anterioridad a la declaración del mismo (art. 91.1.º LCo).

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, hasta la cuantía que resulte del triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago.
- Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo, en la cuantía que corresponda al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del SMI.
- Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- Los recargos de prestaciones económicas debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional por incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de salud laboral.

c') Créditos subordinados. En esta categoría quedan incluidos los intereses que devenguen los créditos salariales, ya se trate de créditos frente a la masa activa ya de créditos concursales, teniendo en cuenta que tales créditos devengan el interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (arts. 59.1 y 92.3.º LCo). Su abono se realiza una vez que los anteriores créditos concursales han sido satisfechos.

d') Créditos ordinarios. En el supuesto de que existan créditos laborales pendientes después de aplicar las anteriores preferencias, procede su inclusión en la categoría de los créditos ordinarios. Han de abonarse con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra dicha masa y contra los privilegiados concursales (art. 157.1 LCo).

3. Inembargabilidad del salario

Cuando el trabajador tiene que responder del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a acreedores ajenos a su relación contractual, queda moderada la regla civil que sujeta todos los bienes presentes y futuros del deudor a este cumplimiento. Este temperamento se concreta en la prohibición legal absoluta de embargar el SMI, así como los instrumentos necesarios para la actividad laboral en el supuesto de que su valor no sea proporcionado a la cuantía de la deuda reclamada (arts. 27.2 ET, 606.2.ª y 607.1 LEC). Las cantidades salariales que excedan el SMI pueden embargarse de acuerdo con una escala legal, que va desde el 30 por 100 para un segundo SMI hasta el 90 por 100, para un sexto SMI, debiéndose tomar como base para aplicar esta escala la cuantía líquida del salario (art. 607.2 y 5 LEC). La regla general de inembargabilidad del SMI se exceptúa cuando se condene al deudor (trabajador) al pago de alimentos en ejecución de sentencia respecto de todos los casos en que la obligación de satisfacerlos surja directamente de la Ley, lo que incluye las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos y en los de adopción de las correspondientes medidas cautelares, será el juez quien determine la cantidad que puede ser embargada (art. 608 LEC).

4. Fondo de Garantía Salarial

A) Naturaleza, organización y financiación

El FGS es un organismo autónomo de carácter administrativo, dependiente del MEYSS, dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que garantiza el pago a los trabajadores de determinadas cantidades que el empresario les adeude o les anticipe en concepto de salario o indemnizaciones en ciertas situaciones de insolvencia, concurso del empresario o extinción de contratos de trabajo (arts. 33.1 y 51.7 ET y arts. 1.uno y 2. uno RDFGS). Su naturaleza jurídica ha sido considerada como la de un peculiar ente asegurador, que no puede identificarse con el fiador definido en el artículo 1.822 CC (SSTS 22-4-2002 y 14-10-2005), al separarle de éste distintos aspectos, tales como la satisfacción de un interés público anudado a las prestaciones que reconoce y la obligación de cotizar no sólo por parte del empresario, sino también por todo trabajador asalariado con independencia de que pueda estar afectado en algún momento por las circunstancias que determinan la responsabilidad del FGS.

Su estructura organizativa reposa sobre varios órganos. El órgano superior colegiado de carácter directivo es el Consejo Rector, integrado por un Presidente, cargo que recae en el Subsecretario del MEYSS, cuatro representantes de la Administración Pública designados por el MEYSS, cinco representantes tanto de las organizaciones sindicales más representativas como de las organizaciones empresariales más representativas, y el Secretario General del FGS. Las funciones de órgano permanente de dirección y gestión se atribuyen a la Secretaría General. En el ámbito provincial actúan dos órganos. Por un lado, las «unidades administrativas periféricas», con funciones instructoras de los expedientes administrativos, de solicitud de prestaciones, así como de carácter informativo a la Secretaría General sobre la situación y funcionamiento del FGS en su ámbito de actuación. Por otro, las Comisiones de Seguimiento, con una composición tripartita (tres representantes de la Administración del Estado y de cada una de las organizaciones antes mencionadas) y con funciones de conocimiento de la evolución económica del FGD en la provincia y su incidencia en el ámbito nacional, así como de valoración de la actuación y funcionamiento del FGS en la provincia (arts. 5, 7 y 9 RDFGS y art. 3 OM 24-10-1985).

El FGS se financia mediante la cotización obligatoria que el empleador abona por cada uno de los trabajadores asalariados que le presten servicio. La cotización se fija por el Gobierno mediante un porcentaje o tipo aplicado sobre los salarios reales abonados al trabajador, que sirven asimismo de base para cotizar por contingencias profesionales y desempleo en el sistema de la Seguridad Social (art. 33.5 ET).

B) Clases de responsabilidad

La protección jurídica que ofrece el FGS se extiende actualmente a los supuestos de responsabilidad subsidiaria, afectando al de responsabilidad directa únicamente hasta el 31 de diciembre de 2013.

a) Responsabilidad subsidiaria del empresario insolvente

Esta responsabilidad se atribuye en el supuesto de *insolvencia singular (arts. 33.6 ET y 276 y 277LJS) o concurso de acreedores del empresario, situación ésta que presupone asimismo su insolvencia (arts. 64 y ss. CCo)*. El FGS cumple aquí su función de garantía dentro de unos límites cuantitativos predeterminados por la ley, mediante el pago de salarios y de ciertas indemnizaciones. Los mencionados límites de responsabilidad alcanzan a los siguientes conceptos:

1.º Los salarios pendientes de pago a causa de dicha insolvencia o concurso del empresario, es decir, cuando instada la ejecución no se consiga satisfacer el crédito. A estos efectos, se considera salario «la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1 ET, así como los salarios de tramitación cuando legalmente procedan». Para ambas clases de salario, conjunta o separadamente, la responsabilidad del FGS no puede superar la cantidad que resulte de multiplicar el doble del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días (arts. 33.1 ET, conforme al RDL-MESFO y 33.6 ET).

2.º Las indemnizaciones derivadas de insolvencia o concurso del empresario y reconocidas en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido disciplinario, despido colectivo, despido por causas objetivas, resolución por voluntad del trabajador conforme al artículo 50 ET, extinción de contratos de trabajo con arreglo al artículo 64 LC y extinción indemnizada de contratos temporales. La cuantía indemnizatoria tiene el límite máximo de una anualidad, calculada sobre la base de un salario/día que no puede exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Esta regla general se matiza, a los únicos efectos del abono por el FGS, en los supuestos de despido y de extinción del artículo 50 ET, para los cuales el importe indemnizatorio se ha de calcular sobre la base de treinta días por año de servicio, con el mismo límite de una anualidad fijado en el caso anterior (art. 33.2 ET conforme al RDL-MESFO).

b) Responsabilidad subsidiaria en despido por fuerza mayor

Alcanza a la totalidad o a una parte de la indemnización derivada del despido por fuerza mayor. Dicha responsabilidad se activa una vez que la autoridad administrativa constate la fuerza mayor y exonere al empresario del pago de la indemnización legal, total o parcialmente (art. 51.7 ET conforme al RDL-MURMEL). Si esa exoneración no se acuerda, la asunción de la responsabilidad por el FGS exige acreditar la situación de insolvencia o concurso del empresario (art. 17 RDFGS).

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que en este supuesto existe responsabilidad directa del FGS porque la misma no requiere de una previa situación de insolvencia o concurso del empresario (SSTS 27-6-1995 y 16-7-2008). Sin embargo, el supuesto está más cercano al de una modalidad de responsabilidad subsidiaria, aunque tampoco pueda identificarse plenamente con ella. Dos razones básicas abonan esta estimación. En primer lugar, debido a que, pese a la urgencia motivadora del abono de la indemnización por el FGS, el mismo exige con carácter previo la tramitación del oportuno expediente en el que, como se ha dicho, debe constatarse la existencia de fuerza mayor mediante resolución de la mencionada autoridad, de suerte que aquel pago obedece al carácter súbito e imprevisible de la fuerza mayor «y se justifica porque la destrucción de la empresa permite presumir que se encuentra en situación de insolvencia real y actual para afrontar el pago de las indemnizaciones que corresponden a los trabajadores» (STS 16-7-2008), aunque no sea necesario en este caso la declaración formal de insolvencia. En segundo

lugar, porque, si bien la norma no establece aquí el deber del FGS de personarse en los correspondientes procedimientos para asumir su responsabilidad legal subsidiaria al no tratarse de supuestos de insolvencia o concurso, sí acoge el derecho del FGS a resarcirse del empresario, lo que separa este supuesto de la responsabilidad directa en el ámbito laboral, en la que resulta inviable una reclamación posterior por dicho organismo con esta finalidad.

La cuantía de la indemnización asumida por el FGS es de veinte días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los períodos de tiempo inferiores al año, con el límite máximo de una anualidad. El salario que se ha de tomar como base para el cálculo de la indemnización es el que acredite percibir el trabajador, salvo que supere el duplo del SMI, en cuyo caso habrá de tomarse esta última cifra (art. 19.1 RDFGS).

c) Responsabilidad directa

Como se ha señalado, la responsabilidad directa del FGS en este supuesto ha sido operativa hasta el 31 de diciembre de 2013, al haberse suprimido por la Disp. final quinta LGPE-2014 a partir del 1 de enero de 2014, y con vigencia indefinida, el artículo 33.8 ET, que era el fundamento normativo sobre el que se sustentaba dicha responsabilidad.

Hasta la mencionada fecha, el FGS respondía, sin necesidad de declaración de insolvencia empresarial, mediante el resarcimiento al empresario de una parte de la indemnización que correspondiera al trabajador, concretada en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los períodos inferiores al año, cuando se trataba de contratos de trabajo de duración indefinida, celebrados con empresas de menos de veinticinco trabajadores, que se extinguieran por las causas previstas en los artículos 51 y 52 —en la regulación anterior este último sólo venía referido a su apartado *c*)— o en el artículo 64 LC (art. 33.8 ET conforme a la LEMURMEL).

Al igual que sucedía en la redacción anterior a la LEMURMEL, en este supuesto se trataba de una responsabilidad directa y pura (SSTS 11-5-1994 y 7-5-1997), ya que, si bien el empresario anticipaba el pago de la indemnización íntegra, posteriormente el FGS le resarcía de la parte de la indemnización que este organismo debía abonar. No cabía, por tanto, ningún tipo de acción subrogatoria por parte del FGS, ya que la función que éste desempeñaba no era estrictamente de garantía de salarios o indemnizaciones, sino de alivio o reducción del coste financiero de ciertas extinciones contractuales en las pequeñas empresas, como también lo era en la precedente regulación respecto de los despidos económicos (SSTS 19-6-2002 y 3-7-2011).

Dos diferencias podían apreciarse, empero, en el artículo 33.8 ET conforme a la LEMURMEL, hoy ya suprimido, en contraste con la anterior regulación. De un lado, el antedicho resarcimiento por parte del FGS no se aplicaba a las extinciones de contratos declaradas improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia, por entenderse, con razón, que no cabía reconocer la protección que dispensaba el FGS cuando se había acreditado que tales extinciones carecían de justa causa, pues ello supondría incentivarlas de modo indirecto eliminando en parte el efecto disuasorio que cumplíann las indemnizaciones en estos casos. De otro, en el cálculo de esta indemnización regían los límites previstos para las indemnizaciones en los supuestos de insolvencia o concurso en el artículo 33.2 ET.

C) *Posición procesal*

La función de garantía de prestaciones salariales e indemnizaciones que tiene asignada el FGS determina que éste pueda ocupar las posiciones de interviniente o de demandado a fin de asumir la responsabilidad que legalmente corresponda.

a) En calidad de interviniente

La presencia del FGS en el proceso laboral se lleva a cabo mediante una intervención adhesiva simple en los supuestos en que aquél asume responsabilidad por créditos salariales. Tal intervención supone que dicho organismo tiene la consideración de parte accesoria, no principal, dado que no es titular de la relación jurídico-material controvertida, lo que no impide que defienda el interés específico de carácter público que gestiona (art. 23.1 LJS), concretado en la protección de los créditos salariales. En su condición de parte accesoria puede ejercer todos los derechos, poderes y facultades que a la parte principal corresponden (arts. 23.3 LJS y 13 LEC), como son oponerse o adherirse a la demanda, formular alegaciones y excepciones o proponer y practicar pruebas. Le están vedados, no obstante, los actos de disposición del proceso que son privativos de la parte principal (por ejemplo, allanarse, renunciar o transigir).

La intervención adhesiva simple del FGS se encauza mediante una doble vía, voluntaria y emplazada.

a') Intervención voluntaria. El FGS puede comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en defensa de los intereses públicos que gestiona y a fin de ejercitar las acciones o recursos pertinentes, «en aquellos procesos de los que pudieran derivarse prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones» (art. 23.1 LJS). Se trata de una facultad que la ley reconoce al organismo asegurador ante la posibilidad de que el resultado del proceso —en el que el empresario no está sometido a una declaración de insolvencia, de concurso o de desaparición— pueda originar responsabilidad subsidiaria para el mismo por alguna de las causas que la determinan, antes examinadas. Dado que el llamamiento al FGS para que intervenga en el proceso no es obligatorio, su ausencia no supone que la relación jurídico-procesal está defectuosamente constituida, ni tampoco puede justificar la denegación de las prestaciones que dicho organismo deba abonar en su caso. La resolución judicial condenatoria o absolutoria del empresario sólo afecta al FGS en cuanto responsable subsidiario, puesto que no es titular o cotitular de la relación jurídico material objeto del litigio, no existiendo por tanto ningún tipo de situación litisconsorcial (STC 60/1992).

b') Intervención emplazada. Tiene lugar en tres supuestos:

a") Insolvencia, concurso y ciertas extinciones contractuales. En los supuestos de empresas sujetas a procedimientos concursales o declaradas insolventes o desaparecidas, así como a demandas de las que pueda derivar para el FGS la responsabilidad prevista en las extinciones de contratos de trabajo a que se refiere el artículo 33.8 ET (responsabilidad directa), el Secretario judicial, de oficio o a instancia de parte, citará como parte al FGS, «dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar los que convenga en Derecho» (arts. 23.2 LJS y 184.1 LC en relación con el art. 33.3 y 8 ET). El llamamiento al FGS es obligado y su falta determina la nulidad de actuaciones (SSTS 15-6-1988 y 1-7-1989), si bien es el propio organismo quien ha de decidir si interviene o no, ya que no existe ninguna situación litisconsorcial que suponga cotitularidad de la relación jurídico material controvertida y de que cuya ausencia se derive por tanto una incorrecta constitución de la relación jurídico procesal. Si se abstiene de intervenir, el efecto aparejado es la no asunción de las obligaciones de garantía salarial legalmente establecidas (art. 33.3 ET). En el caso de que se persone, dispone de plenas facultades de actuación en el proceso como parte (art. 23.3 LJS). Tampoco aquí puede el FGS ser condenado o absuelto como titular o cotitular de la relación jurídico material debatida, puesto que no ostenta tal condición, afectándole tan sólo la resolución judicial en el ámbito de la responsabilidad que tiene atribuida como garante de los créditos laborales que deba abonar.

b") Proceso de ejecución. En el ámbito del proceso laboral de ejecución, deben destacarse dos reglas relativas a la intervención del FGS.

En primer lugar, con carácter previo a la declaración de insolvencia, debe darse audiencia al FGS por un plazo de quince días si no ha sido llamado anteriormente. Lo normal será que el FGS ya haya sido citado con anterioridad por exigirlo así la ley. Por ello y salvo la subsanación de posibles omisiones de citación, la finalidad básica de esta regla es activar el celo del organismo en orden a facilitar el resultado de

la ejecución. De ahí que la norma establezca la audiencia con la finalidad de que el FGS «pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe bienes del deudor principal que le consten» (art. 276 LJS).

En segundo término, se regula una intervención del FGS con objeto de que pueda solicitar la suspensión de la ejecución por el plazo de treinta días en el caso de que los bienes susceptibles de embargo estén adscritos al proceso productivo de la empresa deudora y la misma continúe su actividad. La finalidad de la suspensión estriba en que el FGS pueda valorar la imposibilidad de satisfacer los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de dichos bienes sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la referida empresa (art. 277.1 LJS).

c") Procedimientos arbitrales. Igual consideración de parte se atribuye al FGS en la tramitación de los procedimientos arbitrales a fin de que pueda asumir las obligaciones establecidas en el artículo 33 ET (arts. 33.9 ET y 23.4 LJS). El emplazamiento es también obligado y su carencia comporta la nulidad de las actuaciones (STS 11-7-1989), aunque la decisión de personarse corresponde a dicho organismo. La condición de parte accesoria implica el reconocimiento al FGS de legitimación para impugnar los laudos arbitrales, las conciliaciones extrajudiciales o judiciales, los allanamientos y las transacciones aprobadas judicialmente, cuando de tales títulos puedan derivarse para aquél obligaciones de garantía salarial, por lo que la autoridad que los dicte o apruebe ha de darle traslado de los mismos (art. 23.4 LJS).

b) En calidad de demandado

En el proceso laboral el FGS puede ostentar también legitimación pasiva como demandado [art. 2.*ñ*)]. Tal condición surge cuando se impugnan por los interesados las resoluciones que este organismo adopta, como responsable legal subsidiario o directo, una vez tramitado el expediente administrativo de reconocimiento de prestaciones derivadas de créditos salariales.

En el marco de este proceso, las afirmaciones de hecho recogidas en el expediente administrativo y que se hayan utilizado como fundamento de su resolución, «harán fe, salvo prueba en contrario» (art. 23.7 LJS). Se trata de una presunción *iuris tantum*, destruible por tanto mediante prueba contraria y que no prevalecerá frente a los distintos hechos probados en otro proceso judicial concluido con sentencia firme creadora del título del que derive la obligación de pago del FGS (STC 90/1994).

c) Efectos subrogatorios

La condición de responsable legal subsidiario del FGS en los procesos en que se persone y se declare tal responsabilidad, implica que, una vez realizado el pago de las correspondientes prestaciones a los trabajadores, derivadas de sus créditos salariales, dicho organismo se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones de éstos, que conservarán el carácter de créditos privilegiados conforme al artículo 32 ET (arts. 33.4 ET y 17 RDFGS).

D) Reconocimiento de prestaciones

Para el reconocimiento de las prestaciones que el FGS garantiza, éste debe tramitar, de oficio o a instancia de parte, un expediente administrativo en todos los supuestos en los que haya de asumir la responsabilidad legal de su abono (art. 20 ss. RDFGS), ya sea subsidiaria o directa. El procedimiento de oficio puede iniciarse por la Secretaría General del FGS o por la correspondiente unidad periférica. Si su inicio es a instancia de parte, el solicitante ha de tener interés suficiente para promoverlo, considerando la norma como sujetos que lo tienen a los trabajadores titulares de créditos laborales protegidos por la garantía salarial, así como a los órganos de administración de la empresa sometida a procedimiento concursal. Para ambos sujetos se exige que la solicitud se acompañe de la documentación que acredite el reconocimiento de la deuda salarial (por ejemplo, certificado del acto de conciliación o testimonio de la sentencia firme).

Para la defensa de los intereses colectivos, pueden intervenir en el procedimiento las organizaciones sindicales y empresariales representativas en el sector económico al que pertenezca la empresa (arts. 20 y 22.uno RDFGS). El plazo para solicitar el pago de prestaciones prescribe al año contado desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución administrativa que reconozcan la deuda salarial o fijen las indemnizaciones (art. 33.7 ET).

Una vez instruido el expediente, con evacuación del período de prueba ordinario en caso de discrepancia de datos, la unidad periférica competente lo remite a la Secretaría General del FGS acompañando propuesta de resolución. El Secretario General del FGS, después de acordar, en su caso, la apertura de un período extraordinario para la práctica de prueba, dicta la correspondiente resolución en el plazo de cinco días, que puede llegar a un máximo de tres meses contados desde la presentación en forma de la solicitud (arts. 27.uno y dos, 28.uno, dos, tres y siete RDFGS). La resolución es recurrible ante el orden social de la jurisdicción [art. 2.*ñ*) LJS], previo agotamiento de la vía administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

I. Configuración del salario

Albiol Montesinos, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Bilbao, 1992.
Esteve Segarra, A.: *Los salarios de tramitación*, Pamplona, 2009.
Fernández Avilés, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, 2001.
García Murcia, J.: «Derecho a una remuneración suficiente», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M .N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Granada, 2002.
Martínez Abascal, V. A.: «Salario», en Sempere Navarro, A. V.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Aguilera Izquierdo, R. (coords.): *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Pamplona, 2010.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario», *RMTAS*, n.º 58/2005.

II. Estructura salarial y modalidades del salario

Alzaga Ruiz, I.: *Las «stock options». Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2003.
Cabrera Bazán, J.: «La retribución a comisión», *RPS*, n.º 85/1970.
Cordero Saavedfra, L.: «Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa», *RL*, 2002-1.
Escribano Gutiérrez, J.: «Convenio colectivo y dobles escalas salariales», *TL*, n.º 69/2003.
Fernández Prol, F.: *El salario en especie*, Valencia, 2005.
García Murcia, J.: «Concepto y estructura del salario (en torno al artículo 26)», *REDT*, n.º 100/2000.
García Ortiga, J.: «El salario en régimen de participación en ingresos o en beneficios», en AAVV: *Estudios sobre el salario*, Madrid, 1993.
Harráiz Martín, M. S.: *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, Madrid, 1997.
Luján Alcaraz, J.: «La participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en Aparicio Tovar, J. (coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, 2004.
Martín Jiménez, R.: *El salario en especie*, Pamplona, 2002.
Mercader Uguina, J.: *Modernas tendencias en la orientación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Pamplona, 1996.
Monereo Pérez, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, 1998.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Complejidad y racionalización de la estructura del salario», *REDT*, n.º 17/1984.

III. Determinación del salario

Alfonso Mellado, C. L.: «Salarios y negociación colectiva», en Aparicio Tovar, J. (coord.): *Estudios sobre el salario*, Albacete, 2004.
Castro Conte, M.: *El sistema normativo del salario: Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, Madrid, 2007.
Gárate Castro, J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Madrid, 1984.
García Ortega, J.: *Las desigualdades salariales*, Valencia, 1994.

García-Perrote Escartín, I.: «El salario mínimo interprofesional», en AAVV: *Estudios sobre el salario*, Madrid, 1993.

González Posada, E.: *La compensación y absorción de salarios*, Madrid, 1984.

Martínez Abascal, V. A.: «La discriminación salarial por razón de sexo», *RL*, n.º 22/1989.

Montoya Melgar, A., y Cámara Botñia, A.: *Igualdad salarial por razón de sexo*, Madrid, 1993.

Moreno Vida, M. N.: «La compensación y absorción de salarios», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo 1, vol. 1.º, Madrid, 1994.

Ortiz Lallana, M. C.: «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España», *REDT*, n.º 29/1987.

Quintanilla Navarro, B.: *Discriminación retributiva*, Madrid, 1996.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Problemas jurídicos del pacto de salario global», *RPS*, n.º 99/1973.

Sagardoy Bengoechea, J. A.: «Salario mínimo interprofesional», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VI, Madrid, 1982

Saldaña Valderas, E.: *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, Sevilla, 2004.

Thibault Aranda, J.: *La compensación y absorción de salarios*, Valencia, 2002.

Valdés Dal-Ré, F.: «Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28)», *REDT*, n.º 100/2000.

IV. Protección jurídica de las prestaciones salarial e indemnizatorias

Bajo García, I.: *Crédito laboral y procedimiento concursal*, Pamplona, 2007.

Costa Reyes, A.: *El crédito salarial*, Sevilla, 2005.

Cruz Villalón, J.: «El Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *RL*, n.º 11/1993.

Del Valle Villar, M.: *La protección legal de la suficiencia del salario*, Madrid, 2002.

Escudero Rodríguez, R., y Mercader Uguina, J.: «Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español», *RL*, 1995-II.

Gallego Morales, Á. J., y Olarte Encabo, S.: «Liquidación y pago del salario», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo 1, vol. 1.º, Madrid, 1994.

García Murcia, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid, 1983.

Lantarón Barquín, D.: «El privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 ET: notas para un estudio», *RTSS*, n.º 14/1994.

Martín Serrano, A. L.: «Lugar, forma y tiempo del pago de salarios», en AAVV: *Estudios sobre el salario*, Madrid, 1993.

Pedradas Moreno, A.: *El embargo sobre retribuciones. Su práctica y sus límites*, Valencia, 1998.

Pérez Pérez, M.: *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolventa del empleador*, Barcelona, 1980.

Ríos Salamerón, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.

—: «Garantías del salario», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo 1, vol. 1.º, Madrid, 1994.

Roqueta Buj, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, Valencia, 1997.

Sempere Navarro, A. V.: «La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores», *AS*, n.º 5/2001.

CAPÍTULO 12:
ESTABILIDAD EN EL EMPLEO:
MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

I. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CARACTERIZACIÓN

1. Concepto

De forma semejante a lo que sucede en otras relaciones contractuales, el ciclo vital o dinámico del contrato de trabajo atraviesa tres fases: constitución, desarrollo y extinción. Pero, de forma singular, en este contrato la fase de desarrollo o ejecución puede experimentar, a su vez, un triple orden de vicisitudes: la interrupción, la modificación y la suspensión.

La existencia de estas vicisitudes se debe al carácter de relación jurídica continua, no consumada en un solo acto, que tiene la relación individual de trabajo. Esa continuidad de la prestación de servicios laborales explica que entre el nacimiento y la extinción del contrato de trabajo surjan una serie de acontecimientos que inciden en esta relación jurídica, sometiéndola a ciertos cambios o alteraciones, dotados de distinta intensidad, pero que permiten su prolongación en el tiempo sin que la misma llegue a extinguirse. En este sentido, el contrato de trabajo es un negocio jurídico que presenta una gran adaptabilidad, puesto que, al ser la deuda contractual del trabajador una deuda de actividad cuyo cumplimiento exige la ejecución continua de la prestación de trabajo, el ordenamiento consiente variaciones en la estructura de la relación laboral a fin de que la misma pueda acomodarse al cumplimiento de esa deuda.

La modificación del contrato de trabajo constituye, así, una de las vicisitudes por las que este negocio jurídico atraviesa alterando la mayor parte de los elementos estructurales que conforman la relación contractual de trabajo (sujetos, objeto y contenido), de modo que el contrato continúa subsistiendo sin que necesariamente haya de producirse su extinción.

La alteración de los referidos elementos no afecta por igual a los sujetos de esta relación contractual. El empresario puede cambiar y ser sustituido sin que el contrato haya de extinguirse necesariamente, utilizando para ello el mecanismo de la sucesión de empresa (art. 44 ET), a fin de salvaguardar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados. No sucede lo mismo con el trabajador, cuya sustitución es jurídicamente inviable en el mismo contrato de trabajo y durante su vigencia (con la salvedad del contrato de trabajo de grupo), dado el carácter personalísimo de la prestación laboral en ese tipo de contrato. De ahí que la relación contractual de trabajo sólo se extinga por muerte, incapacidad o jubilación del trabajador [art. 49.*e*) y *f*) ET] y que la sustitución del trabajador comporte la existencia de un nuevo contrato de trabajo con el sustituto [art. 15.1.*c*) ET] y en ningún caso novación modificativa del contrato concertado con el trabajador sustituido.

La ejecución del contrato puede persistir también sin estar abocado a la extinción, cuando su objeto y su contenido resultan modificados. En el primer caso la relación de intercambio de trabajo por salario, delimitadora de dicho objeto, puede experimentar cambios funcionales de distinta intensidad y extensión en cuanto a las materias y trabajadores afectados. Algo semejante sucede con el conjunto de derechos y obligaciones que integran el contenido de la relación contractual de trabajo, susceptibles de modificaciones no extintivas que afecten a las distintas condiciones de trabajo (lugar de la prestación, jornada, sistema de remuneración…).

2. Clases y fundamentos

A) Clases

Las modificaciones de los referidos elementos del contrato de trabajo, admiten una triple clasificación estrechamente vinculada entre sí aunque utilice distintas perspectivas de catalogación.

a) Atendiendo al *modo* en que se ejerce el poder de modificación, lo que permite distinguir entre *modificaciones unilaterales y modificaciones pactadas* dependiendo de que la alteración del contrato de trabajo repose en negocios jurídicos o actos jurídicos entre el empresario y terceros, en el poder de variación exclusivo del empresario en la relación contractual de trabajo o en el acuerdo novatorio entre los sujetos de dicha relación.

b) Considerando el *elemento de la estructura contractual modificado*, las modificaciones pueden ser:

a') De carácter subjetivo. Cuenta con una sola manifestación normativa, concretada en la *sucesión de empresa*. Comporta el cambio de titularidad de la misma y la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (art. 44.1 ET).

b') De carácter objetivo. Se inscriben en este tipo las modificaciones que afectan al objeto o al contenido del contrato de trabajo, en concreto:

a") Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Permiten ejercer el poder de variación empresarial del modo más intenso mediante la alteración del objeto o del contenido del contrato de trabajo (art. 41 ET).

b") Movilidad funcional. Facultan al empresario para modificar las funciones asignadas al trabajador. La alteración puede tener tanto carácter sustancial (art. 39.4 ET) como no sustancial (art. 39.1 a 3 ET).

c") Movilidad geográfica. Habilita al empresario para modificar el lugar de la prestación laboral, lo que puede realizarse de forma sustancial (art. 40.1 a 4 y 5 ET) o no sustancial (art. 40.4 y 5 ET).

c) Calibrando *la finalidad preferente* a la que obedecen, las modificaciones pueden llevarse a cabo en *interés del empresario, del trabajador o de ambos sujetos*. La finalidad es preferente porque en todas ellas late la tutela de la estabilidad en el empleo, aunque en la primera sea un efecto derivado de la protección del interés empresarial y en la tercera se presuma un equilibrio de intereses.

B) Fundamentos

Las alteraciones del contrato de trabajo que afectan a sus elementos estructurales, con el alcance ya señalado, obedecen a una pluralidad de fundamentos normativos, identificables sobre la base de distinguir entre modificaciones unilaterales y modificaciones pactadas. La consideración de tales fundamentos es necesaria porque permite comprender cabalmente el régimen jurídico aplicable a las distintas modificaciones.

a) Modificaciones unilaterales en interés empresarial

La razón de ser principal de estas modificaciones no es uniforme para todas ellas, al margen de que compartan como efecto derivado la tutela de la estabilidad en el empleo. La modificación de carácter subjetivo descansa en la libertad de creación, dirección y gestión de empresas (STC 225/2993 y STS, 1.ª, 25-10-2007), de la que se deriva la libertad de cesar en el ejercicio de la actividad empresarial.

Por su parte, las modificaciones de carácter objetivo encuentran su fundamento en el *ius variandi* empresarial. Se trata de un poder jurídico atribuido al empresario en virtud del cual éste puede alterar unilateralmente en su interés, de modo sustancial o no sustancial, el objeto o el contenido del mismo, con la finalidad de reorganización empresarial o disciplinaria.

Es frecuente en la doctrina científica situar el fundamento del *ius variandi* en el poder de directivo y organizativo atribuido el empresario. Debe precisarse, sin embargo, que si bien el *ius variandi* guarda cierta relación con el poder directivo del empleador, al constituir este último el antecedente necesario del primero, no es posible identificar sin más ambos poderes. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el *ius variandi* amplía aquel poder directivo de un doble modo, diferenciándose así con claridad del mismo.

En primer lugar, extendiendo el ámbito material en el que el poder de dirección se ejerce. Este último poder se configura como el conjunto de facultades del empresario dirigidas a organizar el trabajo en la empresa y a ordenar las singulares prestaciones laborales mediante la impartición de instrucciones generales y órdenes concretas [arts. 5.*c*) y 20.2 ET]. El ejercicio de este poder supone, por tanto, el encauzamiento o ajuste continuado del objeto o del contenido de la prestación laboral que han sido previamente determinados mediante acuerdo de las partes (art. 22.5 ET). Así sucede, por ejemplo, cuando se ordena el modo en que la prestación laboral de ejecutarse, o bien se exigen funciones de la categoría profesional pactada que no se han desarrollado hasta el momento.

No hay, por tanto, aquí modificación alguna de lo pactado, sino tan sólo su necesaria especificación o encauzamiento ordinario en el estricto marco del contrato de trabajo. Y ello porque la determinación inicial de la prestación laboral objeto del contrato que las partes acuerdan, aunque ya se ha efectuado, necesita ser ajustada durante la ejecución de la relación contractual, teniendo en cuenta que el contenido del grupo profesional comprende tareas, funciones, especialidades profesionales y responsabilidades diversas y que las mismas pueden desarrollarse de distintos modos de acuerdo con las peculiaridades que revista la actividad de la empresa.

Esta acomodación ordinaria de la prestación laboral pactada presenta, por lo demás, un perfil específico que impide confundirla con otras figuras civiles próximas, como son las obligaciones genéricas y las alternativas y que, por tanto, impide identificarla con los poderes de variación, sustancial y no sustancial, atribuidos al empresario. En este sentido, el objeto de la obligación laboral está ya determinado, con mayor o menor concreción, desde su inicio y las facultades que se confieren al empresario mediante el poder directivo no consisten en delimitar o especificar la prestación señalando una especie dentro de un género (obligación genérica) o eligiendo entre dos especies (obligación alternativa), sino en encauzar su cumplimiento, actuando así en la fase de ejecución del trabajo ya contratado y no sobre la determinación de la deuda. De esta forma, el trabajador queda obligado a realizar todas las tareas y cometidos que integran su categoría o funciones contratadas, sin que el ejercicio momentáneo de una de ellas excluya la realización de las restantes, como sucedería si se tratase de obligaciones genéricas o alternativas.

La segunda forma que contribuye a dotar al *ius variandi* de una fisonomía propia, desbordando el poder de dirección, consiste en que, al no constituir una novación modificativa del contrato dado su carácter unilateral, va más allá de las reglas que el ordenamiento común establece para la novación modificativa de las obligaciones, que en ningún caso se deja al arbitrio de uno de los contratantes y que requiere, por consiguiente, el acuerdo de voluntades de ambos (arts. 1.091, 1.203 y 1.256 CC). El fundamento del *ius variandi* no deriva ni es una manifestación del poder directivo, sino de la voluntad del legislador, radicada en la libertad de empresa (art. 38 CE), atribuyendo al empresario un poder jurídico exorbitante para alte-

rar unilateralmente en su interés, los citados elementos del contrato de trabajo más allá de los contornos de la prestación laboral pactada.

b) Las modificaciones unilaterales en interés del trabajador

En claro contraste con los anteriores tipos de modificaciones unilaterales, el fundamento común de las modificaciones unilaterales en interés del trabajador reside en la tutela y defensa de ciertos bienes jurídicos que la ley y, en su caso, la negociación colectiva preservan a su favor (su profesionalidad, su seguridad y salud laborales, su integración laboral o la indemnidad de su vida personal y familiar). Por consiguiente, estas modificaciones no descansan en el poder empresarial de variación o en el poder disciplinario con efectos modificatorios, aunque en su mayor parte se instrumenten a través de una decisión unilateral del empresario. Son, por el contrario, las posiciones jurídicas de los trabajadores y determinados bienes de los mismos los que el ordenamiento quiere preservar, finalidad que se pretende conseguir mediante la atribución a aquéllos de ciertos derechos.

De ahí que, en principio y en correlación con tales derechos, se exija al empresario el cumplimiento de ciertas obligaciones mediante decisiones unilaterales de modificación de condiciones de trabajo. Ello es así sólo en principio ya que existe algún derecho cuya satisfacción no depende de una decisión unilateral del empresario, sino que deriva directamente de su reconocimiento legal, siempre que se den determinadas circunstancias o incluso de un pacto entre el trabajador y aquél. Tal es el caso de los ascensos.

Por otra parte, el hecho de que el alcance de dichas obligaciones empresariales esté matizado en ocasiones por algunos condicionamientos (como sucede, a guisa de ejemplo, con la movilidad funcional de las trabajadoras con riesgo durante el embarazo y la lactancia), no impide negar la existencia de los correspondientes derechos laborales a favor de los trabajadores, puesto que tales condicionamientos tan sólo inciden en la posibilidad y eficacia de ejercer los mencionados derechos.

Las modificaciones de las condiciones de trabajo que ha de realizar el empresario a fin de satisfacer el interés de los trabajadores pueden tener o no carácter sustancial. Ello dependerá del modo en que operen en cada caso concreto cada una de dichas modificaciones al ejercerse los distintos derechos que, con carácter general, las engendran.

c) Modificaciones pactadas

Su fundamento reposa en la confluencia de intereses de los sujetos del contrato de trabajo, que puede instrumentarse mediante la negociación colectiva o en el propio contrato de trabajo. Tal concurrencia puede responder a los intereses de alguna de las partes o al de ambas, puesto que la modificación contractual pactada puede suponer la contraprestación material de otra condición de trabajo, correspondiendo a las partes alcanzar el punto de equilibrio prestacional (por ejemplo, acuerdo de traslado colectivo que, además de abonar los gastos del mismo, sufraga en determinado porcentaje la diferencia del superior coste de la vivienda en la localidad de destino). En todo caso, el contenido de los pactos modificatorios, para cualquiera de dichos instrumentos negociales, ha de sujetarse a determinados límites derivados del ordenamiento común y del laboral (*infra* IV).

II. MODIFICACIONES EN INTERÉS EMPRESARIAL

1. Sucesión de empresa

A) Concepto y finalidad

El ordenamiento laboral admite la modificación del empresario como sujeto del contrato de trabajo, en ciertos supuestos y bajo determinados requisitos, cuando tenga lugar «el cambio de titularidad de una

empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma» (art. 44.1 ET). Esta modificación en interés del empresario se diferencia de las restantes obedientes a ese mismo interés, en que aquí la modificación de este sujeto puede ser unilateral o pactada con terceros mediante distintos actos o negocios jurídicos. Como ya se apuntó, esta novación subjetiva no presenta inconveniente por lo que respecta al cambio del sujeto empresarial, pues las prestaciones que éste asume en aquella relación contractual no son, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador, ni personales ni insustituibles en el marco de dicha relación.

Aunque la sucesión de empresa obedezca a un interés primario del empleador, la norma laboral atiende también a la función de garantizar por esta vía el interés del trabajador a la estabilidad en el empleo (STS 25-2-1988), introduciendo a este propósito en el contrato de trabajo el mecanismo de la subrogación (art. 44.1 ET), a fin de que los derechos de los trabajadores afectados no experimenten ningún menoscabo por el hecho mismo de la transmisión.

B) Objeto de la transmisión

El presupuesto que desencadena la aplicación del cambio de titularidad empresarial viene referido, como acaba de señalarse, a la empresa, al centro de trabajo o a una unidad productiva autónoma. Se admite, por tanto, no sólo la transmisión íntegra de la empresa en cuanto organización productiva global compuesta por un conjunto de medios materiales, financieros y humanos, sino también la transmisión parcial de la misma. Pero, con independencia del alcance de la transmisión, se exige, en todo caso, que el objeto de la misma sea susceptible de explotación económica independiente, de modo que puedan ofrecerse bienes o servicios al mercado (SSTS 27-10-1994 y 18-1-2002). En este sentido, se considera que existe sucesión de empresa «cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» [arts. 44.2 ET y 1.1.*b*) Directiva 2001/23 y STS 1-12-1999].

En consecuencia, el parámetro básico a tener en cuenta a este respecto es que el objeto de la transmisión precisa de un soporte patrimonial, siendo indiferente que la actividad económica transmitida sea esencial o accesoria. Por ejemplo, se califica como sucesión de empresa la venta de un taxi junto a la licencia municipal para su explotación (STS 14-2-2002), pero no encaja en esta figura el supuesto de adjudicación separada del patrimonio de una empresa en liquidación cuando son distintos los adjudicatarios del inmueble y de la maquinaria (STS 16-7-2003). La necesidad de ese soporte patrimonial explica que, en principio, ni la contrata de obras o servicios ni la concesión administrativa puedan considerarse unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo que se entregue al contratista o al concesionario la infraestructura organizativa básica para proseguir la actividad económica (SSTS 14-12-1994 y 12-3-1997), o salvo que la sucesión se pacte expresamente en el convenio colectivo de aplicación en el supuesto de finalización de contratas o en el pliego administrativo regulador de las condiciones de la concesión (SSTS 23-1-1995, 10-12-1997 y 29-1-2002). La jurisprudencia comunitaria confirma este criterio excluyente cuando la sucesión no va acompañada de los elementos significativos del activo material o inmaterial para la explotación económica independiente de la actividad, ni de todos o una parte esencial de los trabajadores que la empresa cedente destinaba al cumplimiento de la contrata (STJCE 25-1-1991 y 11-3-1997).

C) Supuestos de transmisión

La sucesión de empresa se activa en virtud del «cambio de titularidad» al que se refiere el artículo 44.1 ET. En dicha expresión legal tienen cabida los supuestos de transmisión *inter vivos* y *mortis causa*. Proporciona así dicho precepto un abanico de supuestos transmisivos más amplio que el inferible de las referencias en la norma comunitaria a una «cesión contractual» o a una «fusión» [art. 1.1.*a*) Directiva 2001/23].

a) Transmisión *inter vivos*

Por lo que se refiere a la transmisión *inter vivos*, la jurisprudencia comunitaria, en sintonía con el referido precepto estatutario, interpreta la expresión «cesión contractual» bajo un criterio finalista, que permite aplicarla a todos los supuestos de cambio de empresario, persona física o jurídica, en los que el nuevo titular de la actividad económica ostenta esa misma condición, sin que sea preciso que se transmita en todo caso la propiedad de la empresa o de la unidad productiva, ni que haya existido un tracto directo entre cedente y cesionario (STJCE 7-2-1985 y 25-1-2001). De este modo, se incluyen en la sucesión de empresa los cambios derivados de distintos negocios o actos jurídicos:

- Cambios de la titularidad patrimonial, tales como venta directa de la empresa (STJCE 15-6-1988), el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Administraciones autonómicas (SSTS 22-10-1987 y 19-6-1989), cambios del régimen societario de la empresa o la venta judicial de la empresa o de parte de la misma (art. 51.11 ET).
- Cambios de la titularidad de la explotación, como son el arrendamiento de industria (STS 16-5-1990) (no simplemente del local de negocio sin los elementos necesarios para su explotación), la reversión de los bienes arrendados al arrendador (STJCE 17-12-1987 y STS 1-3-2004), la contrata de servicios o la concesión administrativa, teniendo en cuenta que en estos dos últimos casos se precisa cláusula convencional o administrativa que permita aplicar la sucesión.
- Cambios derivados de la incapacidad o de la jubilación del empresario, que no determinan automáticamente la extinción de los contratos de trabajo si éste decide transmitir la titularidad, ya sea patrimonial o de la explotación, de la actividad económica que venía desarrollando [art. 49.1.*g*) ET].

b) Transmisión *mortis causa*

Aplicable tan sólo a las empresas pertenecientes a personas físicas [art. 49.1.*g*) ET], esta transmisión requiere:

- La titularidad exclusiva de la empresa por parte del fallecido, pues si es cotitular de la misma su muerte no abre la sucesión de empresa por esta causa. En el caso de que los cotitulares no fallecidos decidan transmitirla lo harán, como es evidente, a través de alguno de los negocios o actos *inter vivos*.
- El cese completo de la actividad empresarial (STS 25-4-2000). Se admite, no obstante, el cese parcial cuando existan distintas unidades productivas con autonomía y sustantividad propias.
- La aceptación de herencia y la consiguiente incorporación de la empresa al patrimonio del heredero o herederos de acuerdo con la normativa sucesoria. Durante el lapso de tiempo que media entre la muerte del causante y la aceptación o el repudio de la herencia, el titular de la empresa, a los efectos del artículo 44 ET, es la herencia yacente (STSJ/Sevilla 21-12-2000).
- La decisión del heredero de continuar la actividad empresarial, pues si la decisión es contraria a esa continuidad no puede aplicarse el mecanismo de la sucesión de empresa, que la ley no impone, preservando de esta forma la libertad constitucional de empresa (SSTS 28-9-1989 y 28-12-1990). En este segundo caso, los contratos de trabajo se extinguen, reconociéndose a los trabadores afectados el derecho a una indemnización equivalente a un mes de salario [art. 49.1.*g*) ET].

D) Deberes empresariales de información y consulta

Los cambios de titularidad *inter vivos* comportan el cumplimiento de ciertos deberes empresariales previos, dotados ahora de mayores garantías para los trabajadores tras la modificación que del artículo 44

ET llevó a cabo el artículo 2.2 de la Ley 12/2001, de 19 de julio. De un lado, el deber general de información con la finalidad de proporcionar un conocimiento suficiente a los trabajadores afectados por la nueva situación, facilitando al tiempo una defensa más sólida de sus derechos. De otro, un deber de consulta en supuestos específicos cuando la transmisión se acompañe de otras medidas laborales de carácter colectivo que afecten a los trabajadores.

a) Deber de información

La protección de los derechos de los trabajadores determina el deber del cedente y del cesionario de informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos, afectados por el cambio de titularidad, sobre ciertos extremos: fecha prevista para la transmisión, motivos y consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la misma, así como medidas previstas en relación con los trabajadores (art. 44.6 ET), que pueden afectar a los de ambos empresarios. Si no hubiera representantes de los trabajadores, dicha información ha de facilitarse a los trabajadores afectados por la transmisión (art. 44.7 ET).

La jurisprudencia considera —aunque sobre la base de la regulación anterior— que la falta de notificación a los representantes de los trabajadores carece de trascendencia a efectos de la eficacia de la transmisión, ya que el artículo 44 ET no la condiciona a una comunicación previa (SSTS 25-4-1988 y 13-11-1989). Esta interpretación literal orilla la esencial finalidad de defensa colectiva de los derechos de los trabajadores que sus representantes tienen conferida. No obstante, cuando se trata de subrogación pactada en convenio colectivo, el incumplimiento de los deberes específicos de información que dicho instrumento establezca sí supone privar de eficacia a la transmisión (SSTS 29-1-2002 y 1-3-2003).

El deber de información también ha de cumplirse cuando la decisión sobre la transmisión se haya adoptado por las empresas que ejerzan el control sobre el cedente y el cesionario, no pudiendo invocarse por éstos como justificación que la empresa de la que dependen no les ha facilitado la información necesaria a este respecto (art. 44.10 ET).

La información ha de facilitarse «con la suficiente antelación». De modo más concreto, el cesionario debe suministrar dicha información «antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión» (art. 44.8 ET). En los supuestos en que la transmisión derive de la fusión o escisión de sociedades, el cedente y el cesionario han de proporcionar la referida información cuando se publique la convocatoria de las juntas generales que deben adoptar los respectivos acuerdos (art. 44.8.2.º ET).

b) Deber de consulta

Como consecuencia de la subrogación legal que el cambio de titularidad comporta, éste no extingue por sí mismo las relaciones laborales de los trabajadores afectados (art. 44.1 ET). Pero la transmisión puede ir acompañada de medidas laborales para los trabajadores del cedente o del cesionario. Ello exige la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, que ha de versar sobre las medidas previstas y sus efectos sobre los trabajadores, debiendo las partes negociar de buena fe con el fin de alcanzar un acuerdo. Dichas consultas han de realizarse con suficiente antelación y, en todo caso, «antes de que las medidas se lleven a efecto», debiéndose realizar para cualesquiera medidas que se prevea adoptar aunque la normativa laboral no lo exija en supuestos distintos a la sucesión de empresa. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que si las citadas medidas consisten en traslados colectivos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, suspensiones colectivas o despidos colectivos, el procedimiento de consulta ha de ajustarse a lo establecido en los artículos 40.2, 41.4, 47 y 51.2 ET [arts. 44.6.*d*) y 44.9 ET y art. 4 Directiva 2001/23/CE].

E) *Efecto subrogatorio*

El mandato legal de continuidad de las relaciones laborales con la empresa cesionaria, deriva del efecto subrogatorio que, en virtud de la transmisión, se establece para este nuevo empresario, quien ocupa así la posición contractual del anterior (cedente) respecto de sus trabajadores (art. 44.1 ET), de suerte que la negativa del cesionario a subrogarse en dicha posición debe calificarse como despido (STS 7-12-2009). Una vez que el acto o el negocio transmisivo ha tenido lugar, este efecto subrogatorio no puede ser evitado, ni mediante pacto entre ambos empresarios, ni a través de decisión unilateral del nuevo reduciendo, limitando, alterando o suprimiendo los derechos de los trabajadores, no requiriéndose tampoco el consentimiento de los trabajadores. Ese efecto es, por tanto, intangible, sin perjuicio de que, con motivo de la transmisión, puedan adoptarse las medidas laborales referidas en el anterior apartado de acuerdo con los procedimientos establecidos.

La subrogación legal extiende sus efectos tanto a las relaciones individuales de trabajo como al plano colectivo de dichas relaciones.

a) Relaciones individuales de trabajo

Presupuestos de la eficacia del efecto subrogatorio en el ámbito de estas relaciones son la vigencia de los contratos de trabajo en el momento de la transmisión, incluso los formalizados en fraude de ley (SSTS 20-9-1994, 24-7-1995 y 30-9-1997), y la adquisición del derecho con anterioridad a ese momento transmisivo, excluyéndose las meras expectativas legales o futuras (STS 20-1-1997).

En cuanto al alcance de la subrogación, no se trata de una mera transmisión de débitos, ya que, junto a las deudas laborales del cedente pendientes de abono (STS 4-10-2003), el cesionario asume los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, lo que incluye los compromisos de pensiones y, de modo general, todas las obligaciones que haya adquirido el cedente en materia de protección social complementaria (STS 21-9-1987). La amplitud del mandato subrogatorio alcanza, en consecuencia, al conjunto de condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores en la empresa objeto de transmisión, cualquiera que sea su fuente de adquisición, legal, convencional o contractual, ya se trate de derechos disfrutados sin controversia jurídica, ya de aquellos que sean objeto de litigio con el cedente ante la jurisdicción (arts. 16.1 y 17.1 LEC).

Excepción al efecto subrogatorio descrito es la regulada en el supuesto de concurso de acreedores, cuando, en defecto de propuesta de plan liquidatorio que incluya la enajenación de la empresa o unidad productiva (en cuyo caso rige el art. 44 ET), se aplica la regla supletoria que faculta al juez mercantil para acordar «que el adquiriente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial» (art. 149.2 LCo).

b) Relaciones colectivas de trabajo

Algunos aspectos concretos de la negociación colectiva (art. 44.4 ET) y de la representación colectiva de los trabajadores (art. 44.5 ET) son objeto de específicas prescripciones.

Por un lado, y a fin de allanar la aplicación uniforme de las condiciones de trabajo, se establece que, consumada la transmisión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la misma seguirán rigiéndose por el convenio colectivo aplicado en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. La aplicación de dicho convenio se ha de mantener hasta la fecha en que expire —lo que incluye la vigencia derivada de su ultraactividad: SSTS 11-10-2002 y 12-4-2011— o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio aplicable a la entidad económica transmitida. La norma admite, no obstante, pacto en contrario a esa aplicación, establecido, una vez que la sucesión ha tenido lugar, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. No obligando, pues, la norma

laboral al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo convencionales que la empresa cedente aplicaba (SSTS 17-7-1998 y 19-4-1999), en virtud de dicho acuerdo las partes pueden determinar el convenio aplicable a este respecto, que puede ser el que rija (o los que rijan, si es más de uno) en la empresa cesionaria u otro que ellas consideren más apropiado. El referido acuerdo no sólo cumple una función homogeneizadora de condiciones de trabajo si se opta por la primera alternativa, sino que permite, conforme a la segunda, solventar la concurrencia de convenios que pueda existir entre los aplicados en la cedente y en la cesionaria durante el período de vigencia simultánea de ambos.

Por otro lado, la norma pretende garantizar la continuidad de los representantes legales de los trabajadores cuando la empresa, el centro de trabajo, la unidad productiva objeto de la transmisión conserven su autonomía, excluyendo que la sucesión extinga por sí misma su mandato, por lo que aquéllos «seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Por consiguiente, los derechos, garantías y funciones de dichos representantes son inmunes a la transmisión. Con todo, se trata de una inmunidad relativa en dos supuestos. El primero se refiere a la inexistencia de autonomía en la entidad objeto de transmisión, de forma que, en este caso, ha de entenderse que el mandato de los representantes se extingue automáticamente una vez realizada la transmisión, asumiendo los representantes colectivos de los trabajadores de la empresa cedente la representación de los trabajadores transferidos, previa la celebración de elecciones parciales por incremento de plantilla si fuere necesario (art. 67.1 ET). El segundo supuesto deriva de la posibilidad, ya examinada, de introducir medidas laborales de carácter colectivo a raíz de la transmisión; medidas que puedan afectar a la continuidad del mandato representativo de los trabajadores de la empresa cedente.

F) Responsabilidades

El mandato subrogatorio examinado se refuerza con ciertas reglas de atribución de responsabilidades a los sujetos que llevan a cabo la sucesión de empresa.

a) Responsabilidad laboral y de Seguridad Social

Bajo la finalidad de evitar actuaciones fraudulentas (ejemplo típico es el de la transmisión de la empresa a una persona insolvente), el mandato subrogatorio se refuerza sujetando al cedente y al cesionario, en las transmisiones *inter vivos*, a una responsabilidad solidaria durante los tres años siguientes a la transmisión respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la misma y que no hayan sido satisfechas (art. 44.3 ET). El período de tres años configura un plazo especial de prescripción que excluye el general de un año establecido en el artículo 59.1 ET (STS 13-11-1992). La garantía solidaria no se ciñe tan sólo a los supuestos de vigencia de la relación laboral en el momento de la transmisión, sino que comprende los supuestos de deudas laborales contraídas por el cedente con anterioridad a la misma, aunque la relación laboral se haya extinguido con carácter previo a la transmisión, como sucede, por ejemplo, con las obligaciones indemnizatorias derivadas del despido improcedente (SSTS 22-11-1988 y 15-7-2003).

La responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por obligaciones laborales nacidas con posterioridad a la transmisión también es exigible en el supuesto de que ésta sea declarada delictiva (art. 44.3 ET). La resolución del órgano judicial en el orden penal abre el cómputo del referido plazo especial de prescripción. La norma penal, sanciona, como tipo específico de delito contra los derechos de los trabajadores, a los cesionarios de empresas que mantengan condiciones laborales impuestas por otro (aquí empresario cedente) que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato de trabajo (art. 311.2.º CP).

En la misma línea de fortalecimiento del mecanismo subrogatorio, se establece la responsabilidad solidaria del cedente con el cesionario o sus herederos en relación con el pago de las prestaciones de Seguridad Social causadas con anterioridad a la sucesión de empresa (art. 127.2 LGSS) cuando el empresario

haya incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización (art. 126.2 LGSS). Dicha responsabilidad «se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión» respecto del cumplimiento de la obligación de cotizar (art. 104.1 LGSS).

b') Responsabilidad administrativa en el orden social

En este ámbito, la responsabilidad se sustancia para los empresarios cedente y cesionario calificando como infracción administrativa muy grave el incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por la sucesión de empresa en los términos del artículo 44.7 ET (art. 7.11 LISOS).

2. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

A) Concepto

Estas modificaciones facultan al empresario para alterar de modo unilateral y con un alcance esencial las condiciones de trabajo, afectando tanto al objeto como al contenido del contrato de trabajo. El principal obstáculo que en orden definitorio plantea esta clase de modificaciones consiste en determinar el carácter sustancial que necesariamente debe acompañarlas. En este sentido, la carencia de un concepto legal a este respecto ha exigido que la jurisprudencia colme esta laguna acudiendo a ciertos criterios, cuya aplicación viene careciendo de la deseable homogeneidad, aunque, no puede desconocerse que tal carencia está propiciada por la insuficiente delimitación de la norma a este propósito.

El criterio de la materia afectada para considerar la modificación sustancial no es decisivo a fin de delimitar esta noción, porque la norma estatutaria lleva a cabo una enumeración abierta o ejemplificativa de las materias cuya modificación tiene carácter sustancial y ha sido ligeramente ampliada por la reforma laboral de 2012: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y funciones cuando excedan de los límites previstos para la movilidad funcional no sustancial en el artículo 39 ET (art. 41.1 ET conforme a la -LEMURMEL). Tal catálogo no sólo es incompleto, sino que tampoco su contenido ejemplar es suficiente para saber si la modificación tiene carácter sustancial, no pudiendo aceptarse a este propósito el criterio sostenido por algunas resoluciones judiciales afirmando la existencia de una presunción de sustancialidad de la modificación si la materia se encuentra entre las recogidas en artículo sustancial (TSJ Cataluña 14-1-1998), porque ese pasaje estatutario se limita a relacionar ciertas materias susceptibles de modificación sustancial sin establecer de ningún modo un vínculo de causalidad entre la materia enunciada y la intensidad de la modificación. Por tanto, el carácter sustancial de la modificación no se determina por la condición de trabajo alterada, sino que viene referido a la sustancialidad de la propia modificación (STS 9-12-2003).

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha utilizado el criterio del perjuicio que la modificación causa al trabador o trabajadores afectados (SSTS 3-4-1995 y STS 2-7-1997), aunque se trata de un criterio no siempre compartido por la doctrina judicial (STSJ/Castilla-La Mancha 16-6-1995). En verdad, el rechazo de este criterio está más justificado que su aceptación, porque la interpretación *a sensu contrario* del artículo 41.3.2.º ET en su referencia al posible perjuicio para el trabajador de la modificación sustancial («si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial…»), evidencia que pueden existir modificaciones sustanciales que no causen un perjuicio legalmente apreciable al trabajador.

Aunque no llegan a configurar una noción con validez generalizada, los criterios más frecuentes utilizados por los órganos judiciales para valorar si una determinada modificación de condiciones de trabajo tiene carácter sustancial o no son el de su importancia cualitativa y el de su extensión temporal. En consecuencia, se considera que existe una modificación de este tipo cuando la misma sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros distintos de un

modo notorio (SSTS 3-12-1987, 15-3-1991, 6-2-1995, 11-12-1997, 22-6-1998 y 9-4-2001), afectando, por tanto a lo esencial, a su propia y básica naturaleza (STS 24-11-1986).

No obstante, los criterios judiciales no son pacíficos, toda vez que la norma deja márgenes demasiados amplios para su interpretación. A modo de ejemplo, se considera sustancial la modificación de la jornada diaria de trabajo en trece minutos (STS 22-7-1988), o el cambio en cuya virtud un porcentaje de la percepción salarial pasa de fijo a aleatorio (STS 6-5-1996), calificándose, por el contrario, como no sustancial la modificación de la jornada diaria de trabajo en ocho minutos (STSJ/Cataluña 9-9-1996) o la reducción de la base de cálculo de las comisiones debido al aumento relevante de los precios del acero, con la consiguiente aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (STS 15-11-2005). La dificultad de unificar los criterios judiciales en el propio ámbito jurisdiccional, muestra la necesidad de que el legislador trace para los distintos grupos de materias unos indicadores generales pero con un perfil suficiente, a fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la aplicación de artículo 41.1 ET en este punto.

En todo caso, las modificaciones de las condiciones de trabajo que no tengan carácter sustancial, se reconducen al *ius variandi* no esencial, dos de cuyas manifestaciones principales son, por un lado, los desplazamientos en el marco de la movilidad geográfica y, por otro, el cambio de funciones no sustancial, encuadrado dentro de la movilidad funcional de este mismo carácter no esencial (*infra* 3 y 4).

B) Clases

La nueva regulación estatutaria, derivada de la reforma laboral de 2012, mantiene una doble vía para canalizar estas modificaciones, distinguiendo entre modificaciones individuales y colectivas. Pero, a diferencia de la precedente regulación, para establecer esa clasificación se considera únicamente el criterio cuantitativo del número de trabajadores afectados en función de la plantilla de la empresa. Se prescinde, por tanto, del criterio instrumental utilizado anteriormente en combinación con el cuantitativo, que distinguía esta clase de modificaciones según la fuente mediante la que se reconocían las condiciones modificadas. Ahora, las modificaciones sustanciales, tanto individuales como colectivas, pueden afectar a las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en alguno de estos instrumentos (art. 41.2 ET conforme a la LEMURMEL):

- Contrato de trabajo. Comprende las establecidas en el mismo mediante pacto o concesión unilateral del empresario fruto de una voluntad deliberada.
- Acuerdos o pactos colectivos. De estos instrumentos negociales se excluye la anterior modificación, posible en virtud de acuerdo colectivo, de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios, remitiéndose su realización, tras la reforma, a lo establecido en el artículo 82.3 ET, que regula el régimen jurídico de la inaplicación del convenio colectivo (art. 41.1.6 ET conforme a la LEMURMEL y Capítulo 19, III, 2, B).
- Decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Se trata aquí del reconocimiento simultáneo de la misma condición o condiciones de trabajo a un grupo de trabajadores, y no de modo individualizado a cada uno de ellos mediante cláusula incorporada a cada contrato, pues en tal caso se trataría de modificación individual.

Sobre la base común de las condiciones de trabajo afectadas, se establece la señalada dicotomía, en función del referido criterio cuantitativo, entre modificaciones individuales y modificaciones colectivas.

De este modo, se considera de carácter individual la modificación que en un período de noventa días no alcance los umbrales establecidos para las modificaciones colectivas, afectando por tanto a un número inferior de trabajadores al establecido para estas últimas. El criterio cuantitativo también permite delimitar la modificación de carácter colectivo como aquella que, en ese mismo período de noventa días, afecte como mínimo a diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien, al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en las que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o, en fin,

a treinta trabajadores en empresas que ocupen más de trescientos trabajadores (art. 41.2 ET conforme a la LEMURMEL). El criterio, de mejor factura técnica que el anterior, resulta inexacto en la calificación de las modificaciones individuales, ya que el número de trabajadores afectados por las mismas excederá por lo común de un solo trabajador. El motivo de esa delimitación reposa básicamente en sujetar dichas modificaciones a un procedimiento menos garante para los trabajadores que el establecido en el supuesto de las modificaciones colectivas.

En todo caso, la norma trata de evitar el riesgo de fraude que supone presentar como individuales modificaciones que, en realidad, son colectivas, a fin de eludir el procedimiento establecido para éstas. Con esta finalidad preventiva, se dispone, con mayor precisión formal, que cuando la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días y en número inferior a los umbrales establecidos para considerar la modificación como colectiva, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, las nuevas modificaciones se considerarán realizadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto (art. 41.3 ET conforme a la LEMURMEL).

C) *Causas*

Para llevar a cabo las modificaciones sustanciales, individuales o colectivas, deben existir causas objetivas justificadoras, que se identifican con «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción».

A diferencia de lo establecido para los despidos colectivo y plural objetivo [arts. 51.1 y 52.*c*) ET], no se delimitan aquí los supuestos de hecho que permiten acotar la existencia de dichas causas. La interpretación sistemática y finalista permite concluir que dichos supuestos no son de aplicación para las modificaciones sustanciales, porque no hay remisión alguna a los mismos en el artículo 41.1 ET y habida cuenta de que los referidos supuestos están concebidos para una situación empresarial más crítica que, por principio, no se produce en estas modificaciones.

En el nuevo artículo 41.1 ET, modificado por la reforma de 2012, se incluye una pauta finalista para la delimitación de las causas, que no resulta clarificadora por su carácter redundante, señalando que

Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa.

La pauta se expresa en términos tautológicos, de modo que su finalidad no es contribuir al trazado del perfil de dichas causas, sino a ampliar sus contornos aplicativos y favorecer el poder modificatorio. Por ello, es útil acudir al precedente normativo recogido en el artículo 41.1 ET en su redacción conforme a la LEMURMET, que ahora se suprime y en el que se disponía que:

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

De esta pauta genérica precedente derivaban ciertos criterios, doctrinales y judiciales, en la delimitación de las citadas causas, que, en distinta medida, pueden contribuir al entendimiento y aplicación de dicho precepto tras la reforma de 2012.

a) Relativización de la actualidad de la causa. Con un criterio legal semejante al utilizado con anterioridad en el ámbito causal de los despidos colectivo y objetivo plural, en estas modificaciones se consideraba la concurrencia de las causas que las justificaban cuando se tratase bien de «prevenir una evolución negativa de la empresa», bien de «mejorar la situación y perspectivas de la misma» (art. 41.1 ET conforme a la LEMURMET). Por consiguiente, la causa no había de tener únicamente un carácter actual en el sentido de que acaeciera en el momento en que se adoptase la decisión empresarial, sino que podía revestir asimismo un carácter preventivo, lo que comportaba una ampliación exorbitante del poder de variación empresarial, habida cuenta de la dificultad del control judicial de ese fundamento preventivo. El silencio

del nuevo artículo 41.1 ET en este extremo parece dar a entender que el carácter actual de la causa carece de trascendencia en orden a su identificación, pero puede seguir teniéndola cuando el supuesto de hecho que permite determinarla tenga una existencia actual y no meramente preventiva.

b) Realidad de la causa. La prevención de la evolución negativa de la empresa o la mejora de su situación y perspectivas, utilizando una mayor adecuación organizativa de sus recursos, había de obtener, según la norma anterior, dos resultados, conjunta o alternativamente. El primero comportaba favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado. Este favorecimiento podía conseguirse de múltiples formas, aislada o conjuntamente (reducir el coste de los productos, mantener el coste pero mejorando la calidad, renovar las técnicas de producción…). El segundo resultado también podía alcanzarse con una amplia morfología de medios (aumentar la cantidad de productos, renovar los canales de distribución, ofrecer productos con nuevas utilidades o funciones…).

La inagotable casuística de supuestos que permitían alcanzar esos resultados y la falta de criterios normativos al respecto, favorecían un amplio margen en el ejercicio del poder empresarial de variación sustancial. En todo caso, la amplitud del abanico de circunstancias que integraban la causa justificativa de la medida empresarial no impedía que tales acaecimientos hubieran de ser reales, es decir, que pudieran identificarse en el momento de la decisión, dado que la citada pauta hermenéutica general no podía desconocer la exigencia del artículo 41.1 ET en el sentido de que las causas que enumeraba tuvieran que ser «probadas» cuando éstas fueran actuales y no meramente preventivas. Esta conclusión puede sostenerse también tras la reforma de 2012, al mantenerse en la misma esa exigencia de prueba en el supuesto de que las causas no tengan carácter preventivo.

c) Indiferencia causal por la situación del empleo. Un rasgo común al ejercicio del poder de variación estriba, antes y después de la reforma de 2012, en la inexigencia legal expresa de que la causa en cuya virtud se adopte la medida modificativa haya de tener en cuenta la situación del empleo en la empresa. La protección de la estabilidad en el empleo puede ser una consecuencia de la adopción de dicha medida, pero en modo alguno es un requisito de la regularidad de la decisión, de forma que la tutela del interés empresarial resulta netamente prioritaria en este crucial extremo.

D) Procedimiento y efectos

La erosionada tutela de la estabilidad en el empleo presenta distinta intensidad en relación con el procedimiento y los efectos de las modificaciones sustanciales, en función del carácter individual o colectivo de las mismas. Estas últimas pueden seguir, a su vez, un doble cauce normativo según haya de aplicarse el régimen jurídico estatutario o el de carácter concursal.

a) Modificaciones individuales

a') Procedimiento

La calificación individual que se reserva para ciertas modificaciones, a pesar de su carácter sustancial, determina la regulación de un procedimiento de menores garantías para los trabajadores afectados, en contraste con las modificaciones de orden colectivo.

Las modificaciones individuales pueden decidirse directamente por el empresario, no precisando la intervención previa de terceros para su validez, exigiéndose únicamente que se notifique la decisión al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días —que reducen el plazo de treinta días antes exigido— a la fecha de su efectividad (art. 41.3 ET conforme a la LEMURMEL); plazo de derecho necesario relativo y por ello ampliable en la negociación colectiva. La norma estatuaria no exige expresamente que la notificación se haga por escrito. No obstante, dicha exigencia se infiere de su carácter causal y del derecho reconocido al trabajador afectado para impugnarla (art. 41.1 y

2 ET), teniendo en cuenta, por otra parte, que, en relación con determinadas condiciones de trabajo, esa forma viene exigida reglamentariamente (art. 4 RDELES).

Aunque la ley también se abstiene de establecer un contenido mínimo de la notificación, el ejercicio del derecho de defensa de los trabajadores afectados exige que tal contenido incluya la condición de trabajo afectada, el alcance de la modificación, la causa y el supuesto de hecho que la integran en términos comprensibles, de forma que no se produzca indefensión (STSJ Cataluña 16-3-1999), así como la fecha en que la decisión sea efectiva. La negativa del trabajador a someterse a las nuevas condiciones por incumplimiento del plazo de preaviso no puede considerarse como desobediencia laboralmente sancionable (STSJ Madrid 29-1-1999).

b') Efectos

Una vez notificada la decisión adoptada por el empresario, el trabajador afectado por la modificación dispone de una cuádruple posibilidad de actuación frente a la citada decisión:

a") Aceptar la decisión, ajustando su prestación de servicios a la modificación habida en la condición o condiciones de trabajo.

b") Ejercer el derecho a rescindir por sí mismo el contrato de trabajo, sin necesidad por tanto de acudir inicialmente a la jurisdicción social, y a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. El ejercicio de este derecho exige la concurrencia de varios requisitos:

1) La modificación sustancial ha de afectar a determinadas materias, levemente ampliadas a estos efectos por la reforma de 2012: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones de carácter sustancial (art. 41.1 ET conforme a la LEMURMEL). Esta selección por la norma de condiciones de trabajo afectadas parece basarse en la mayor repercusión de las mismas en el patrimonio profesional del trabajador. De ser así, el fundamento legal sería inconsistente, ya que el cambio sustancial de otras condiciones que no habilitan al trabajador para ejercer este derecho también puede impactar de forma intensa en aquel acervo (por ejemplo, el sistema de trabajo y rendimiento).
2) Ha de existir un perjuicio ordinario, es decir, un perjuicio que no afecte su dignidad [art. 41.3 en relación con el art. 50.1.*a*) ET conforme a la LEMURMEL].
3) El perjuicio ordinario ha de ser probado por el trabajador ante la jurisdicción social en el caso de que el empresario reclame contra la decisión rescisoria estimando que no existe tal perjuicio (SSTS 18-3-1996 y 18-7-1996). Ha de tratarse de un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, sin cuya acreditación no puede nacer la obligación de indemnizar. Dicho perjuicio se produce, por ejemplo, en los casos de cambio de jornada continuada a partida de trabajadora con un hijo de corta edad (TSJ Madrid 17-6-1999), o de reducción de jornada que determina disminuir la retribución en un 50 por 100 (STSJ Castilla y León 25-11-1997 y STSJ Andalucía 8-10-1999). El perjuicio no queda tan sólo circunscrito al ámbito laboral, sino que pueda afectar a la organización de la vida personal y familiar (STSJ de Cataluña 4-5-2007).
4) El trabajador ha de ejercer la facultad rescisoria dentro del plazo de preaviso, de quince días anteriores a la fecha de su efectividad (art. 41.3.3.º ET).

   El trabajador que opte por la rescisión del contrato, se encuentra en situación legal de desempleo [art. 208.1.1).*e*) LGSS] si reúne los requisitos exigidos, que debe acreditar mediante certificación expedida por el empresario de su decisión modificatoria (STSJ Castilla y León 26-1-1998).

c”) Solicitar la extinción del contrato de trabajo ante la jurisdicción social, con derecho, si le es reconocida, a percibir la misma indemnización señalada para el despido improcedente [treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, con un máximo de veinticuatro mensualidades: art. 50.1.*a*) y 2 ET en relación con el art. 56.1 ET conforme a a LEMURMEL]. El ejercicio de esta facultad exige la concurrencia de varios requisitos:

1) Ha de existir un perjuicio cualificado, esto es, un perjuicio que afecte a la dignidad del trabajador, que se considera como un perjuicio de mayor entidad. Tal perjuicio puede afectar en este supuesto a todo tipo de condiciones de trabajo modificadas sustancialmente [art. 50.1.*a*) ET conforme a la LEMURMEL]. Debe subrayarse que la reforma de 2012 ha suprimido la afectación a la formación profesional del trabajador como causa justificativa de su solicitud de extinción, lo que elimina la anterior responsabilidad indemnizatoria del empleador por esta causa y cercena la protección judicial de su profesionalidad ante ciertas modificaciones sustanciales (por ejemplo, las que supongan asignación de funciones de un grupo profesional inferior).
2) El perjuicio cualificado ha de ser probado por el trabajador ante la jurisdicción social.
3) El trabajador ha de continuar con su prestación de servicios hasta tanto recaiga sentencia. Regla general sólo exceptuada por una manifiesta afectación a su dignidad (malos tratos de obra o palabra, asignación de categoría inferior, falta continuada del abono del salario…, SSTS 18-9-1989 y 18-7-1990), o a la lesión de un derecho fundamental (STC 225/2002 para el derecho a la cláusula de conciencia).

El trabajador cuya relación laboral se extingue por esta vía se encuentra en situación legal de desempleo [art. 208.1.1.*e*) LGSS] si cumple los requisitos exigidos, situación que debe acreditar mediante resolución judicial definitiva declarando la extinción de la relación laboral o conciliación judicial o administrativa (TS 14-7-1994).

d”) Impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción social en el plazo de caducidad de veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión, si el trabajador decide no rescindir el contrato de trabajo o no solicitar su extinción (arts. 59.4 ET y 138.1 LJS). El juez de lo social declarará la modificación justificada (se acreditan las razones alegadas para la modificación), injustificada, en función de que no se acrediten tales razones, o nula (por ejemplo, la modificación se realiza en fraude de ley eludiendo las reglas establecidas para las modificaciones de carácter colectivo con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador). En los dos últimos supuestos, reconocerá al trabajador el derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo (art. 138.7 y 8 LJS).

La decisión empresarial tiene carácter ejecutivo una vez transcurrido el plazo de preaviso (art. 41.3.3.º ET), sin perjuicio de que el trabajador la haya impugnado por esta vía, lo que le obliga a realizar su prestación en las nuevas condiciones hasta tanto no exista resolución judicial que declare injustificada o nula la citada decisión y sin perjuicio de las indemnizaciones que pueda reclamar mediante esta vía por el objetivo perjuicio que la modificación le haya producido (por ejemplo, en su formación o promoción profesional).

Por otra parte, téngase en cuenta la fundada crítica que ha merecido la contradictoria solución normativa que supone permitir, de una parte, el reconocimiento judicial de la extinción indemnizada del contrato de trabajo a solicitud del trabajador [apartado *c”*) anterior] cuando la decisión modificatoria, sea o no legítima, produzca un perjuicio cualificado que afecte, de forma acreditada, al principio constitucional de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (antes de la reforma de 2012 también a la formación profesional contemplada en el art. 40.2 CE), y, de otra, el reconocimiento del derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo si se impugna por el trabajador dicha decisión y se califica por el órgano judicial como injustificada o nula. Habida cuenta de que en ambas vías judiciales pueden protegerse bienes jurídicos de semejante entidad, en la segunda la resolución judicial comporta la efectiva protección de la

estabilidad en el empleo, en tanto que, en la primera, la indemnización sólo resarce la pérdida del empleo, prescindiendo en consecuencia de su estabilidad.

b) Modificaciones colectivas de régimen estatutario

a') Procedimiento

Presenta dos fases claramente diferenciadas: el período de consultas y la decisión empresarial modificatoria.

a") Período de consultas. Las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, cuentan con un procedimiento más exigente que el establecido para las modificaciones individuales, aunque el nivel de garantías se aminoró en su momento al suprimirse por la LRET la autorización administrativa subsidiaria exigida para el caso de que no se obtuviera acuerdo al respecto con los representantes de los trabajadores.

La mayor garantía queda ahora circunscrita a la obligada apertura, con carácter previo a la decisión empresarial, de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (art. 41.4 ET). La ley no prevé la calificación que haya de darse a las modificaciones que se lleven a efecto sin observar el período de consultas, si bien la jurisprudencia y la doctrna judicial ha entendido que corresponde la de nulidad (SSTS 8-1-200 y 4-10-2001), lo que resulta acorde con el carácter obligatorio de su apertura y con su finalidad de control colectivo por aquellos representantes de la decisión empresarial.

La norma adolece de rigor al calificar el referido período como consultivo, puesto que no se trata técnicamente de una audiencia (por ejemplo, mera petición de un informe a los representantes de los trabajadores o simple suministro a éstos de información), sino del ejercicio del derecho de negociar colectivamente, como lo prueba, a guisa de ejemplo, que ese período se establezca con vistas a la consecución de un acuerdo y bajo la obligación de negociar de buena fe (art. 41.4 ET).

Con la finalidad de evitar que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, se establece ahora que la misma debe desarrollarse en una única comisión negociadora (calificativo que muestra de nuevo la verdadera naturaleza de ese período), cuyo ámbito de actuación ha de ceñirse a los centros de trabajo afectados por el procedimiento, si existe más de uno. Integrará dicha comisión un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

El inicio y desarrollo del período consultivo ha de atenerse a determinadas reglas básicas (art. 41.4 ET conforme a la LEMURMEL y a la LETAPMUES):

1.ª *Legitimación para intervenir en la comisión negociadora.* Con una mayor previsión, la norma establece ahora dos vías de legitimación para la intervención de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora.

En primer lugar, la representación corresponde a los representantes legales, expresión que comprende tanto los unitarios como los sindicales (STS 29-6-1995), aunque la norma da preferencia a estos últimos a través de las Secciones Sindicales, siempre que las mismas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del Comité de Empresa o de los Delegados de Personal de los centros de trabajo afectados. En segundo término, la inexistencia de representación legal, en todos o alguno o algunos de los centros de trabajo, abre la posibilidad a los propios trabajadores para que puedan atribuir directamente su representación en la negociación del acuerdo a una comisión representativa, cuyos miembros integrarán la parte social en representación de los trabajadores en la referida comisión negociadora. Las reglas previstas para dicha atribución se articulan sobre la base de dos supuestos, configurados en función de que el procedimiento de consulta afecte a un único centro de trabajo o a más de uno.

1) *Afectación del procedimiento a un único centro de trabajo.*

La inexistencia en este supuesto de representación sindical (secciones sindicales) o, en su defecto, de representación unitaria (comité de empresa o delegados de personal), permite que los trabajadores utilicen, a su elección, una de las dos vías previstas en la norma para atribuir su representación en la comisión negociadora. Por un lado, pueden atribuirla a una comisión directa de un máximo de tres miembros,

integrada por trabajadores de la propia empresa, que éstos han de elegir «democráticamente». Por otro, pueden optar por atribuirla a una comisión sindicalizada con igual número máximo de componentes, designados en proporción a su representatividad, por los sindicatos más representativos o con representatividad ordinaria del sector al que pertenezca la empresa y que, a su vez, hayan contado con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación en la misma.

Aunque la opción de la comisiòn directa encaje en el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocido, su utilización comporta marginar a los sindicatos del posible acuerdo y conferir la representación a trabajadores de la empresa que, al no ostentarla como representantes unitarios o sindicales, carecen de los derechos y garantías que la ley reconoce a estos en el ejercicio de sus funciones, lo que debilita adicionalmente su posición negociadora. Al tiempo, la eficacia normativa del convenio colectivo estatutario queda legalmente adulterada, puesto que la representatividad y consiguiente experiencia negociadora de dicha comisión estarán muy alejadas de la exigente legitimación establecida en los artículos 87 y 88 ET para negociar esa clase de convenios.

En el supuesto de que negocie la comisión sindicalizada, el ET prevé la posibilidad de que el empresario otorgue su representación a la organización en la que esté integrado, incluyendo las más representativas a nivel autonómico y al margen del carácter intersectorial o sectorial de dicha organización (art. 41.4 ET conforme a la LEMURMET).

2) *Afectación del procedimiento a más de un centro de trabajo*

En este supuesto, si no existe comité intercentros que tenga atribuida esta función en el convenio colectivo que lo haya creado, la intervención como interlocutores en representación de los trabajadores corresponderá a una comisión representativa, constituida conforme a las siguientes reglas:

- Cuando todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenten con representantes legales, éstos integrarán la comisión.
- Cuando alguno de los centros de trabajo afectados cuente con representantes legales y otros no, la comisión estará integrada únicamente por los primeros, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con esos representantes legales opten por designar a la comisión referida en el anterior supuesto 1. En este último caso, la comisión representativa debe estar integrada conjuntamente por los representantes legales de los trabajadores y por los miembros de la comisión señalada dicho supuesto 1, en proporción al número de trabajadores que representen.

  En el caso de que en uno o varios centros de trabajo los trabajadores no opten por designar la comisión representativa, su representación corresponderá a los representantes legales de los centros de trabajo afectados, en proporción al número de trabajadores que representen.
- Cuando ninguno de los centros de trabajo afectados cuente con representantes legales, integrará la comisión representativa quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo conforme a lo previsto en el anterior supuesto 1, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los casos señalados en este supuesto, si el número inicial de representantes supera los trece al aplicar las reglas previstas, dichos representantes elegirán por y entre ellos a un máximo de trece (límite insuperable de miembros de la comisión negociadora en representación de cada parte, como ya se indicó), en proporción al número de trabajadores que representen.

2ª) *Constitución de la comisión representativa de los trabajadores.*

En cualquier de los dos supuestos anteriores, la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consulta, a cuyo efecto, y en garantía de la efectividad de la negociación a desarrollar, la dirección de la empresa debe comunicar de forma fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para constituir dicha comisión es de siete días desde la fecha en que se reciba esa comunicación, excepto que alguno de los centros de trabajo inicialmente afectados por el proce-

dimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo es de quince días, computados de igual forma.

Una vez transcurrido el plazo máximo para constituir la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de esta constitución no paraliza el inicio y transcurso del período de consultas, lo que implica, que después de su transcurso, el empresario puede adoptar la decisión unilateral modificatoria sin el relevante condicionamiento que supone la existencia de un previo acuerdo alcanzado en el referido período. Por otra parte, la constitución de dicha comisión con posterioridad al inicio del período consultivo no supone, en ningún caso, que pueda ampliarse su duración.

3.ª *Plazo del período del consultas.* Frente a la regulación anterior a la reforma de 2010, que establecía un plazo no inferior a quince días para el desarrollo del período de consultas, rige ahora el plazo máximo de quince días (art. 41.4 ET conforme a la LEMURMET). El nuevo plazo pretende agilizar este trámite, pero puede dificultar la obtención de un acuerdo y, con ello, facilitar la decisión unilateral por parte del empresario. No sólo por su mayor brevedad, sino porque ahora, si se ha intentado la negociación de buena fe, no es necesario agotar los quince días cuando se constante el desacuerdo por ambas partes o tan sólo por una de ellas, en tanto que, con anterioridad, no era legalmente factible concluir anticipadamente dicho período durante el plazo mínimo establecido.

4.ª *Deber de negociar y adopción de acuerdos.* Sobre ambas parte de la comisión negociadora recae el deber normativo de negociar de buena fe, lo que supone la voluntad concurrente y leal de alcanzar un acuerdo. La validez de dicho acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, si fuera el caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores, siempre que, en ambos supuestos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

5.ª *Objeto de la negociación y naturaleza del acuerdo.* El objeto del período de consultas es, por lo dicho, el de la propia negociación, señalándose al efecto que las consultas deben versar «sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados» (art. 41.4 ET). Por consiguiente, el contenido del período de consultas, realmente de negociación, es triple y con un determinado orden de prioridades:

- En primer término, ha de determinarse la existencia de la causa o causas que justifican la decisión modificatoria, aportando por el empresario la pertinente documentación y justificación.
- Admitida la existencia de las causas, se debe analizar y negociar la posibilidad de evitar o de reducir los efectos de la decisión, considerando si existen otras medidas que la sustituyan o que resulten menos gravosas cuantitativa o cualitativamente (por ejemplo, adoptando parcialmente modificaciones no sustanciales).
- Una vez aceptada la incidencia de la medida sobre un número determinado de trabajadores, ajustado a esta clase de modificación sustancial colectiva, se debe tener en cuenta la posibilidad de atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (por ejemplo, compensando un nuevo sistema de trabajo que exige un rendimiento superior con un incremento de un complemento salarial).

Para determinar si se ha cumplido adecuadamente con el deber de negociar legalmente exigido (art. 41.1 ET) o si el período de consultas se ha producido con carácter meramente formal y, por tanto, de forma ineficaz, deberán valorarse varios parámetros, tales como las concretas medidas propuestas, su complejidad, la situación específica por la que atraviesa la empresa, el número de trabajadores afectados, los antecedentes del caso y cuantos elementos puedan concurrir en cada particular supuesto (SSTSJ Cataluña 4-3-1996 y 26-2-1998).

De llegarse a un acuerdo, su naturaleza responde a la de convenio colectivo extraestatutario, dotado únicamente, por ello, de eficacia contractual (STS 21-1-1997). Calificación que sólo es admisible para el supuesto de que negocie la comisión representativa directa, ya que si negocian los representantes de los trabajadores legitimados, sindicales o unitarios, el convenio es estatutario.

6.ª *Solución de divergencias.* Las discrepancias que surjan durante el período de consultas, pueden solventarse por el empresario y los representantes de los trabajadores mediante la adopción de alguno de los siguientes acuerdos:

- Encauzar las desavenencias a través de los procedimientos extrajudiciales que, a estos efectos, haya establecido el convenio colectivo aplicable (art. 85.1 ET).
- Someter las discrepancias, en ausencia de la anterior previsión, a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos previstos en los acuerdos marco de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma (Disp. Adic. 13.ª ET en relación con el art. 83.3 ET).
- Sustituir el período de consultas «en cualquier momento» por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en el ámbito de la empresa, que ha de desarrollarse dentro del plazo máximo establecido para dicho período (art. 41.4 ET conforme a la LEMURMET). En consecuencia, ahora no es necesario iniciar el período de consultas y que durante el mismo se produzcan discrepancias para utilizar esta vía, sino que las partes pueden acordar aquella sustitución sin que dicho período se haya abierto formalmente. Pero si el acuerdo de sustitución se produce dentro de ese período, la interpretación más acorde con la finalidad de esta regla es entender que el cómputo del plazo máximo de quince días debe iniciarse de nuevo para el desarrollo del procedimiento de mediación o arbitraje, ya que, de no ser así, en determinados supuestos la regla resultaría materialmente inaplicable (por ejemplo, si el acuerdo de sustitución se adoptara cuando restasen uno o dos días para concluir el período de consultas).

b") *Decisión empresarial modificatoria.* El período de consultas puede concluir sin acuerdo o con él. En cualquiera de los dos supuestos, el empresario está facultado para adoptar una decisión modificatoria de las condiciones de trabajo, si bien el contenido de dicha decisión varía en uno u otro caso.

Si no se ha alcanzado acuerdo ni dictado laudo arbitral, el empresario puede proceder de forma unilateral a adoptar la medida modificatoria, que surtirá efectos una vez transcurridos siete días desde su notificación a los trabajadores (con anterioridad la antelación era de un mínimo de treinta días). Aunque la ley guarde silencio, la forma y contenido de la notificación debe ajustarse a las señaladas con anterioridad para las modificaciones sustanciales de carácter individual.

La citada facultad unilateral del empresario es consecuente con la nueva regulación que la LEMURMEL introdujo en el artículo 41 ET al suprimir el criterio instrumental del concepto legal de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, que, como ya se ha señalado, atendía antes a la fuente de reconocimiento de la condición, siendo por tanto ahora el criterio cuantitativo el único utilizado por la norma para delimitar dicho concepto. Suprimido el criterio instrumental, la facultad unilateral modificatoria del empresario puede también ejercerse por tanto respecto de los acuerdos o pactos colectivos (art. 41.5 ET en relación con el artículo 41.2 del mismo cuerpo legal). La doctrina constitucional ha considerado que la medida modificatoria que unilateralmente puede adoptarse por el empresario en virtud del artículo 41.5 ET tiene una "justificación razonable desde el punto de vista constitucional", puesto que supera el canon de proporcionalidad en su triple vertiente: el juicio de idoneidad "al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa"; el juicio de necesidad "pues…no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos

mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores"; también supera, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, "pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva." (STC 8/2015).

Discrepando de dicha doctrina, el voto particular formulado a la referida sentencia entiende que el canon de constitucionalidad utilizado en la misma, e inaugurado por la STC 119/2014, esto es, "la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE…puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales…" si bien "tales limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de tales derechos". Alteración que la LEMURMEL produce al atribuir al empresario la referida facultad unilateral respecto de los acuerdos o pactos colectivos. De un lado, porque la misma no resulta compatible con el contenido esencial de la garantía de la fuerza vinculante "que el artículo 37.1 CE reconoce a todo producto negocial", al margen "de la denominación legal del instrumento como acuerdo o pacto colectivo", según ha establecido con nitidez la doctrina constitucional (por todas, STC 121/2001). De otro, habida cuenta de que la citada facultad unilateral modificatoria también afecta a la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 CE en la medida en que, de acuerdo con la doctrina constitucional, "la negociación colectiva, cuando es ejercitada por un sindicato, se integra en el contenido esencial de la vertiente colectiva de los derechos sindicales de actividad", de modo que la lesión de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, cualquiera que sea su denominación, "violenta simultáneamente la libertad sindical".

En el supuesto de que se haya obtenido acuerdo o dictado laudo arbitral, el empresario ha de efectuar la notificación antes indicada a los trabajadores afectados, si bien su decisión habrá de respetar los términos recogidos en dichos instrumentos, negocial o arbitral, debiendo existir una adecuada concordancia entre lo acordado en el período de consultas o lo dispuesto en el laudo y lo decidido por el empresario, en el sentido de que éste no podrá ir más allá de lo establecido en tales instrumentos. En todo caso, la conclusión con acuerdo del período de consultas determina la presunción de concurrencia de las causas que justifican legalmente las modificaciones sustanciales, pudiendo, no obstante, ser impugnado dicho acuerdo ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art. 41.4 ET).

b') Efectos

Una vez notificada la decisión adoptada por el empresario a los trabajadores afectados, haya existido o no acuerdo con los representantes de los trabajadores en el período de consultas, tal decisión modificadora puede ser impugnada por éstos en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión a través de la modalidad procesal de conflictos colectivos (arts. 41.5.2.º y 59.4 ET y 154 LJS). En el caso de que se haya obtenido acuerdo, carecen de legitimación para impugnarlo los representantes de los trabajadores que hayan sido parte en el mismo (principio de sometimiento a los propios actos). La impugnación sólo puede plantearse bien por las representaciones que no hayan tenido la condición de parte en dicho acuerdo, bien por las que, aun habiéndola tenido, no lleguen a suscribirlo.

La impugnación de la decisión modificatoria mediante el proceso de conflicto colectivo suspende la tramitación de las impugnaciones individuales que se hayan presentado o que se presenten durante la sustanciación de dicho proceso. La suspensión se mantiene hasta tanto se resuelva el proceso de conflicto colectivo mediante sentencia firme, habida cuenta de los efectos de cosa juzgada positiva que tiene dicha sentencia sobre los procesos individuales, actuales o futuros, que versen sobre idéntico objeto o que guarden «relación de directa conexidad con aquél» (art. 160.5 LJS), expresión esta última referida a la inexistencia de identidad del objeto entre el proceso colectivo y los procesos individuales, pero con vinculación

directa entre ellos (por ejemplo, la modificación de horario de trabajo que en el primero se consideraba justificada pero no en los segundos).

Téngase en cuenta, asimismo, que los laudos arbitrales dictados para resolver las discrepancias en el período de consultas o en su sustitución, tienen la misma eficacia y tramitación que los acuerdos alcanzados en dicho período, siendo impugnables en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios (arts. 85.1 y 91 ET).

En las modificaciones colectivas, los trabajadores afectados pueden ejercer también la opción rescisoria directa arbitrada para las de carácter individual cuando exista un perjuicio ordinario, la acción de solicitar la extinción del contrato ante el órgano judicial en el caso de que exista un perjuicio cualificado (art. 41.5.2.º ET) o, en fin, si no utilizan ninguna de las vías antedichas, pueden impugnar la decisión, debiendo precisarse que, cuando la misma cuente con la conformidad de los representantes de los trabajadores por haberse alcanzado un acuerdo sobre las modificaciones, éstos deben ser también demandados a fin de que pueda configurarse el litisconsorcio pasivo necesario legalmente exigido (art. 138.2 LJS).

c) Modificaciones colectivas de régimen concursal

Siguiendo el mismo criterio legislativo utilizado para las decisiones empresariales suspensivas y extintivas de carácter colectivo, las modificaciones sustanciales de este mismo carácter se rigen por la legislación concursal cuando el empresario esté sometido a un procedimiento de esta naturaleza (art. 57 bis ET). Las reglas que regulan este supuesto están contenidas básicamente en los artículos 33.1, c) y 64 LC (inicialmente modificados por la LETAPMUES y con posterioridad por la LEMUCON), aplicándose supletoriamente la legislación laboral en aquello que este último precepto no prevea, especialmente en lo relativo al mantenimiento por los representantes de los trabajadores durante el procedimiento concursal de todas las competencias que tal legislación les atribuye (art. 64.11 LC). Sintéticamente consideradas, las reglas básicas y específicas que regulan las modificaciones sustanciales en el ámbito del concurso son las siguientes:

a') Procedimiento. Se atribuye el juez del concurso (orden mercantil) la tramitación de los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, una vez declarado aquél y emitido el preceptivo informe por la administración concursal (datos y circunstancias del deudor, estado de su contabilidad…). Están legitimados para solicitar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

En la solicitud es necesario justificar documentalmente las causas que motivan las medidas modificatorias y los objetivos que persiguen, a fin de asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En el supuesto de que la medidas modificatorias afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores, debe acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de dichas medidas en las referidas viabilidad y empleo. Nótese que, a diferencia del procedimiento estatutario estudiado, existe aquí una vinculación expresa entre las modificaciones propuestas y la estabilidad en el empleo.

El juez debe convocar al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, de duración no superior a treinta días naturales (plazo superior al fijado para las modificaciones estatutarias) o de quince también naturales en el supuesto de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponde a los sujetos indicados en el artículo 41.4 ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo, debiendo negociar ambas partes de buena fe para la consecución de un acuerdo (*supra* 2, D), b). Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. Una vez recibida la comunicación del resultado de las consultas, el Secretario judicial ha de recabar informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado.

El procedimiento se resuelve mediante auto, en un plazo máximo de cinco días desde que se hayan cumplido los trámites exigidos, aceptando el acuerdo, si existe, salvo que en su conclusión se aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Tanto en este último supuesto como en el caso de que no se haya alcanzado acuerdo, el auto determinará lo que proceda de conformidad con la legislación laboral.

Si no se hubiera alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hayan intervenido en el período de consultas, debiendo convocarles el secretario del juzgado a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

b') Efectos. Contra el auto cabe interponer recurso de suplicación, así como cualquier otro recurso que proceda conforme a la LJS. El derecho del trabajador a rescindir el contrato de trabajo con la indemnización legalmente prevista (conforme a lo dispuesto en el ET) quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y por el período máximo de un año desde que haya dictado el auto que autorice la modificación.

3. Movilidad funcional

A) De carácter sustancial

El concepto y el régimen jurídico de la movilidad funcional de carácter sustancial, vienen referidos en la norma estatutaria al cambio de funciones distintas de las pactadas que no esté incluido en ninguno de los supuestos de movilidad funcional no sustancial regulados en el artículo 39.1 a 3 ET (permitiendo, por ejemplo, una alteración permanente de las funciones inicialmente pactadas). Dada su mayor trascendencia para el trabajador, la validez de dicho cambio funcional exige, en primer lugar, el acuerdo de las partes del contrato de trabajo y, en su defecto, el sometimiento a las reglas que para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se hayan previsto en convenio colectivo o, en ausencia de éstas, a las establecidas en el artículo 41 ET, ya examinadas (art. 39.4 ET).

B) De carácter no sustancial

a) Concepto

La norma estatutaria no delinea ningún concepto para esta clase de modalidad. De su regulación puede entenderse por movilidad funcional no sustancial el cambio, por razones técnicas u organizativas, de las funciones pactadas o habitualmente prestadas por el trabajador en la empresa, que es unilateralmente decidido por el empresario con carácter definitivo o temporal.

Esta caracterización de la movilidad funcional, comporta dejar al margen de la misma, determinados cambios empresariales que, aun recayendo también sobre el objeto de la prestación laboral, no se incluyen en aquella vicisitud.

1.º Las alteraciones que supongan tan sólo cambios del centro de trabajo sin cambio de funciones, por pertenecer tales cambios locativos al ámbito de la movilidad geográfica. Por tanto, los cambios de puesto pueden producirse dentro de un mismo centro de trabajo (en los que, por definición, no existe movilidad geográfica) o hacia otro centro de trabajo (en los que sí puede existir una movilidad geográfica desde la óptica legal).

Aunque en puridad técnica el cambio de puesto de trabajo dentro del mismo centro puede ser reconducible a la movilidad geográfica, ya que se puede producir un cambio del lugar físico en el que se realizaban las anteriores funciones, la doctrina y la jurisprudencia —a la que presta apoyo la generosa dicción literal del artículo 39.1 ET conforme a la LEMURMEL al referirse a la movilidad funcional «en

la empresa»— se inclinan por admitir el cambio de funciones o de puesto de trabajo dentro del mismo centro como incluido en la movilidad funcional.

2.º Las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo están asimismo excluidas de la movilidad funcional, sustancial o no, en razón de que dichos cambios no han de suponer necesariamente una alteración de funciones, sino tan sólo una forma técnicamente distinta de realizarlas. Por consiguiente, los cambios técnicos pueden producirse manteniendo las mismas funciones, sin movilidad funcional, aunque éstas mismas hayan de prestarse de un modo distinto, más productivo y, por consiguiente, más económico (por ejemplo: trabajador que pasa de escribir a máquina a hacerlo en ordenador, sin cambio paralelo de funciones).

Se trata con ello de distinguir la movilidad funcional del despido por causas objetivas fundadas en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, regulado en el artículo 52.*b*) ET. Y de evitar así que el mero cambio de funciones pueda utilizarse como vía para la aplicación de esta causa de despido objetivo, pretextando una inexistente modificación técnica del puesto de trabajo. Como luego se verá, el artículo 39.3 ET contiene una prohibición a este respecto que actúa como límite al ejercicio del poder empresarial de variación.

b) Clases

a') Movilidad horizontal y movilidad vertical

De las distintas clasificaciones que para la movilidad funcional suelen aportarse en sede doctrinal, la utilizada de forma exclusiva en la práctica judicial hasta la LRET ha sido la que distinguía entre movilidad horizontal y vertical, que atiende al nivel funcional en el que se desenvuelven las nuevas tareas encomendadas, ya sea ese nivel horizontal (categorías profesionales equivalentes), ya sea vertical en sentido ascendente (trabajos de categoría superior) o en sentido descendente (trabajos de inferior categoría).

Esta acomodación obedecía a que dicha catalogación captaba con suficiente expresividad la precedente regulación legal (el art. 23 ET, versión anterior a la LRET), que contemplaba la movilidad vertical, en su doble dimensión ascendente (desempeño de trabajos de categoría superior: números 1, 2 y 3) y descendente (realización de trabajos de inferior categoría: número 4), en tanto el artículo 39 ET se ocupaba de regular la movilidad horizontal, esto es, aquella que tenía lugar entre categorías profesionales equivalentes.

En la norma estatutaria vigente, la movilidad horizontal entre las categorías profesionales no encuentra acomodo, al haberse suprimido éstas. No obstante, esta modalidad horizontal no desaparece aunque no se mencione por la norma legal, ya que dicha modalidad puede operar en la práctica cuando se atribuyan al trabajador dentro del grupo profesional funciones equivalentes a las que venía desempeñando, siendo ello factible al incluir el grupo profesional distintas funciones de acuerdo con la noción legal del mismo (art. 22.2 ET conforme a la LEMURMEL).

b') Movilidad funcional ordinaria y movilidad funcional extraordinaria

Desde la reforma llevada a cabo por la LRET, la tipología de esta figura no sólo debe trazarse atendiendo al nivel funcional, horizontal y vertical, en que se desenvuelven las tareas encomendadas, sino teniendo también en cuenta que ese tradicional binomio se enmarca en una distinción más amplia, centrada en el alcance material con que se ejerce el poder de variación y, por tanto, enfocada al carácter ordinario o extraordinario de la movilidad funcional.

La nota común a la movilidad funcional ordinaria no sustancial (art. 39.1 en relación con el art. 22.1 ET), tanto para la horizontal como para la vertical, estriba en que el poder unilateral de variación se ejerce sin desbordar los límites del grupo profesional.

La movilidad funcional extraordinaria no sustancial supone la encomienda de funciones superiores o inferiores (art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL), pero, a diferencia de la anterior modalidad, tales funciones no corresponden al grupo profesional en que esté encuadrado el trabajador sino a otro en el que se desempeñan las nuevas funciones.

La posibilidad de alterar las funciones pactadas o desempeñadas encomendado unilateralmente otras distintas correspondientes a otro grupo profesional —o, con anterioridad, a categorías profesionales no equivalentes—, ha supuesto una innovación legal que ensancha de forma muy acusada el poder de variación empresarial, flexibilizando el uso polivalente de la fuerza de trabajo, toda vez que, con anterioridad a la LRET, el grupo profesional era un límite insuperable para el ejercicio del poder de variación no sustancial. Cuando ese límite se rebasaba, el cambio se inscribía en el ámbito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, al que se accedía, como se ha señalado, mediante mutuo acuerdo en el contrato, o supletoriamente, a través de lo previsto en el convenio o en el artículo 41.1 ET, lo que, en estos dos últimos supuestos, comportaba un mayor control inicial sobre la regularidad de la decisión empresarial.

Por tanto, en la actual regulación la movilidad funcional extraordinaria, ampliatoria del *ius variandi*, aparece como una suerte de movilidad materialmente sustancial, aunque formalmente no lo sea, que penetra, con la venia de la norma, en el terreno anteriormente acotado para la movilidad sustancial.

c) Causas

a') Movilidad ordinaria

En la movilidad funcional ordinaria, ya sea descendente o ascendente, la norma no establece causa legal justificativa del cambio (art. 39.1 ET). No obstante, la innecesariedad de que el empresario justifique expresamente ante el trabajador la concreta causa que legitima su decisión de movilidad funcional (STS 19-12-2002) no equivale a indiferencia absoluta con relación a la existencia de causa que sustente el cambio funcional, ya que el necesario respeto a los principios de buena fe y no discriminación, así como a los derechos constitucionales del trabajador, exige que tal decisión no los conculque si el trabajador la impugna con fundamento en su vulneración.

En este sentido la doctrina judicial ha señalado que el cambio en la función habitualmente realizada por un trabajador, ha de tener una justificación objetiva en una necesidad empresarial, por lo que el *ius variandi* «no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que debe utilizarse para la finalidad con que está concebida —exigencias organizativas del proceso productivo o del servicio— de tal modo que, de no ser así, la orden empresarial para el cambio de puesto de trabajo deviene ilegítima por falta de causa "objetiva"» (SSTSJ/Cataluña 18-1-1993 y TSJ/Navarra 30-5-2006). Ello sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda establecer causas limitativas del poder de variación funcional del empresario para la movilidad ordinaria (STSJ/Cataluña 12-11-2002). Por su parte, la jurisprudencia viene estableciendo con firmeza a este respecto que «si bien la organización del trabajo es facultad privativa de la empresa, las consecuencias del uso de dicha facultad no son absolutas, ya que la organización de los servicios laborales no equivale al libre trasiego de operarios...» (SSTS 8-6-1982 y 4-12-1982).

b') Movilidad extraordinaria

Dos reglas se registran en esta movilidad, una es de mantenimiento y la otra de supresión.

a") *Mantenimiento de razones técnicas u organizativas.* Para este tipo de movilidad, tanto descendente como ascendente, y considerando que la misma desborda los usuales lindes del poder de variación, se continúa exigiendo de modo específico que la decisión empresarial esté fundada en razones técnicas u organizativas que la justifiquen (art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL). Se excluyen, por tanto, las razones económicas o de producción que, junto a las anteriores, pueden fundar tanto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 40.1 y 41.1 ET), en cuanto alternativa frente a la extinción del mismo en

procesos de reestructuración empresarial, como la suspensión del contrato de trabajo, el despido colectivo (art. 51.1 ET) y el despido objetivo plural [art. 52.*c*) ET] *ultima ratio* del abanico de posibilidades que el ordenamiento ofrece al empresario respecto de dichos procesos.

La exclusión de las causas económicas y productivas para llevar a cabo esta movilidad funcional impide proteger la estabilidad en el empleo frente a la concurrencia de algunas de ellas. En tal caso, habrá que acudir necesariamente a una modificación sustancial de funciones, más gravosa para aquella estabilidad. Tal exclusión supone desatender la implícita jerarquización del *ius variandi* en la vigente normativa, como salvaguarda, siquiera sea de forma derivada, de aquella estabilidad.

Ante el silencio de la norma, la determinación de causas técnicas y organizativas remite a una necesaria, pero inconveniente, tarea jurisprudencial delimitadora, para la que de poco sirve, acudiendo al mecanismo analógico aplicable a este tipo de movilidad funcional, la aproximación finalista que al respecto llevan a cabo los artículos 40.1 y 41.1 ET, pues el criterio teleológico que en ellos se emplea no es tampoco concluyente a efectos definitorios.

b") *Supresión de las necesidades perentorias e imprevisibles*. Para la movilidad extraordinaria descendente, el reformado artículo 39.2 ET (conforme a la LEMURMEL), ha suprimido la exigencia adicional de que la encomienda de funciones inferiores estuviera justificada en necesidades perentorias (es decir, urgentes, apremiantes) o imprevisibles (de imposible predicción) de la actividad productiva, en cuanto razones alternativamente legitimadoras de esta movilidad. Por consiguiente, ahora bastará con la existencia de razones técnicas u organizativas para justificar el cambio, sin que las referidas necesidades deban exigirse en este plano causal, ampliándose con ello el poder empresarial de variación.

d) Límites

Desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, debe distinguirse entre límites genéricos, predicables tanto de la movilidad ordinaria como de la extraordinaria, y límites específicos, detectables tan sólo en algunas de esas clases de movilidad.

a') Genéricos

Dado su carácter genérico, estos límites no se contemplan expresamente para la movilidad funcional no sustancial. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza imperativa de los mismos, no resulta dudosa su aplicación a esta clase de movilidad. La clasificación profesional, los derechos indisponibles y el derecho a la conservación del empleo actúan como límites genéricos deducibles del ordenamiento laboral a este propósito.

a") La clasificación profesional. Tanto en su sentido objetivo como subjetivo, la clasificación profesional constituye un límite genérico insoslayable en el ejercicio del poder empresarial de variación de funciones no sustancial. Por un lado, el esquema clasificatorio predeterminado que rija en la empresa no puede desconocerse cuando se encomienden otras funciones al trabajador (art. 22.1 ET). Por otro, tampoco puede obviarse en esa encomienda la previa clasificación subjetiva del trabajador en un grupo profesional y, dentro de él, en las tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades que el grupo comprenda (art. 22.2 y 4 ET conforme a la LEMURMEL).

b") Los derechos indisponibles. La utilización indebida por el empresario de su poder de variación no sustancial de funciones podría suponer una renuncia, no formal pero sí material, por parte del trabajador a sus derechos indisponibles (art. 3.5 ET), lo que, dado el carácter imperativo de éstos, no resulta jurídicamente posible. De aquí que la supresión para la movilidad en estudio de los derechos profesionales del trabajador mediante la LRET y del derecho a la formación y promoción profesionales en virtud de la LEMURMEL sólo resulte admisible sobre la base de considerarlos ya incluidos en el marco de la indisponibilidad de derechos.

— *La formación y promoción profesional.* El expreso reconocimiento de este límite en la anterior regulación encerraba el primordial significado de impedir que el ejercicio de la movilidad funcional obstaculizara la promoción del trabajador en el ámbito de la formación profesional [arts. 35.1 CE, y 4.2.*b*) y 23 ET: por ejemplo negando permisos para concurrir a exámenes cuando se siguieran con regularidad estudios para obtener un título académico o profesional], o desconociera su derecho a la promoción en el terreno de la carrera profesional [arts. 35.1 CE, y 4.2.*b*) y 24 ET].

Ciertamente, y como ya se expuso, el perjuicio que el poder de variación irrogue en la formación profesional, ya no faculta al trabajador, en cuanto modificación sustancial de las condiciones de trabajo, para solicitar ante el órgano judicial competente la extinción indemnizada de su contrato por justa causa [art. 41.3 ET en relación con el art. 50.1.*a*) del propio cuerpo legal conforme al RDL-MURMEL]. Sin embargo, esa imposibilidad no supone que la vía de la impugnación de la decisión empresarial modificatoria resulte impracticable para esta movilidad funcional no sustancial, puesto que la vigencia de este límite genérico sigue encontrando su fundamento en la calificación de los mencionados derechos como indisponibles al estar reconocidos en disposiciones legales de derecho necesario (art. 3.5 ET).

— *Otros derechos profesionales indisponibles.* Aun habiéndose ampliado los confines de la movilidad funcional no sustancial para dar paso, en su ámbito, a la de carácter extraordinario, no parece dudoso que, de acuerdo con una jurisprudencia atenta a la tutela de la profesionalidad del trabajador, los derechos profesionales que al mismo se reconocen en el artículo 4 ET continúan configurando otros tantos límites genéricos al poder empresarial de variar unilateralmente la prestación laboral (SSTSJ/Castilla-León-Valladolid 16-3-1992 y TSJ/Madrid 24-10-1994). No sólo porque la exigencia de esos límites resulta ahora más necesaria ante la dilatación de la movilidad funcional unilateral introducida por la reforma. También en razón del contenido y del fundamento constitucional de tales derechos, que reclama, sin duda su protección indiferenciada. En este sentido, no sería admisible, por ejemplo, que a un trabajador le resultara impedido o seriamente dificultado el ejercicio de su derecho de reunión en la empresa o se le redujesen sus condiciones de seguridad o salud en el trabajo a causa de una variación no sustancial de sus funciones decidida por el empresario.

El respeto a los límites genéricos que imponen los mínimos de derecho necesario alcanza, claro está, a los de origen legal (por ejemplo, el derecho al disfrute del período de vacaciones) y convencional (por ejemplo, la obligación empresarial asumida en convenio colectivo de acudir a la contratación de nuevos trabajadores de modo preferente al ejercicio de la movilidad funcional descendente).

Por último, el empresario queda sujeto al límite genérico propio de su poder de dirección e identificado con la obligada regularidad de su decisión de movilidad funcional [arts. 5.*c*) y 20.2 TRET]. Acomodo regular inexistente si la decisión se adopta por persona que no está legitimada para ello conforme a la ordenación jerárquica de la empresa, se impone una conducta manifiestamente ilegal (por ejemplo, la comisión de un delito) o resulta claramente infundada desde el punto de vista técnico, de forma que el trabajador no posea la aptitud profesional necesaria pudiendo acarrear un resultado dañoso o lesivo para el mismo o para terceros.

c") El derecho a la conservación del empleo. Este derecho se infiere de la expresa prohibición legal de invocar las causas de despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo [art. 52.*a*) y *b*) ET], en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales, derivadas de la movilidad funcional (art. 39.3 ET). La necesidad de esta cautela legal se funda en evitar la actuación fraudulenta del empresario que, so pretexto de la movilidad funcional, proceda a reducir arbitrariamente la plantilla. El mayor perímetro que con la LRET alcanzó el poder de variación funcional del empresario —acentuado después por la LEMURMEL—, aconsejó introducir expresamente este límite genérico.

b') Específicos

Como ya se indicó, estos límites o bien no se aprecian en las distintas modalidades de movilidad funcional no sustancial, o bien están modalizados en función del tipo de movilidad que se considere. En este apartado se encuentran la dignidad del trabajador, las titulaciones académicas o profesionales, la duración de la movilidad funcional y los derechos económicos.

a") *La dignidad del trabajador*. Recogiendo los criterios de la doctrina científica y judicial, un primer límite establece que la movilidad funcional en la empresa se efectuará «con respeto a la dignidad del trabajador» (art. 39.1 ET conforme a la LEMURMEL). Este límite, mantenido por la reforma de 2012, se introdujo por la LRET aunque ya operaba con anterioridad a ésta en virtud de lo establecido en los artículos 4.2.*e*), 41.3 y 50.1.*a*) ET. Aunque la ley no lo ciñe ahora a ninguna clase de movilidad funcional, ordinaria o extraordinaria, en la regulación anterior se contemplaba para supuestos de cambio a funciones inferiores, centrándose las resoluciones judiciales en determinar la existencia de afectación a la dignidad en tales casos y la consecuente aplicación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que, como se estudió, facultan al trabajador para solicitar la extinción del contrato con derecho a indemnización. De aquí que la jurisprudencia y la doctrina judicial anteriores a la LEMURMEL hayan de seguir siendo precedentes inexcusables para este relevante límite.

Tratando de acotarlo, los órganos judiciales han señalado, con reiteración, que debe ser interpretado en el sentido de «resultar un agravio para el trabajador que llevando a cabo determinadas actividades es relevado de ellas y encargado de otras menos cualificadas» arbitraria o injustificadamente (STS 7-7-1983, en igual sentido STS 21-3-1990). Este resultado «exige la existencia de una actitud empresarial que... sea claramente vejatoria o, al menos atente abiertamente sobre ese derecho que todo trabajador tiene reconocido en el apartado 1.*e*) del artículo 4 del propio Estatuto de los Trabajadores» (STCT 24-1-1985). Degradación de la dignidad del trabajador que también se vincula en la jurisprudencia al menoscabo de las posibilidades de promoción del trabajador y al hecho de que «la reputación profesional constituye también valor de primer orden» (STSJ/Cataluña 12-6-1992).

La doctrina constitucional ha tenido ocasión de abordar este límite poniéndolo en relación con el derecho a la propia imagen, habida cuenta de que éste «contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros» (STC 99/1994). La operatividad de este límite exige, según el TC, una especial complejidad en orden a la materia objeto de prueba. En tal sentido, para que una orden empresarial de cambio funciones no colida con un derecho fundamental del trabajador, con eventual implicación de la dignidad de la persona, «no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento... era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador —y no otro, o de otra manera— cumpliese la orden dada». De ahí la especial complejidad de la materia a probar, «en cuanto que no basta con que la orden sea, *prima facie*, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial» (STC 99/1994).

b") *Las titulaciones académicas o profesionales*. Con mayor precisión textual, se mantiene este límite para las dos clases de movilidad no sustancial (ordinaria y extraordinaria) en la reforma de 2012 (art. 39.1 y 2 conforme a la LEMURMEL; el primer apartado establece la regla general que, por ello, se proyecta sobre el segundo). Sigue cumpliendo el mismo la doble función que doctrina científica y jurisprudencia le han venido atribuyendo. De un lado, mediante este límite se pretende tutelar el interés privado del trabajador a la defensa de su profesionalidad, impidiendo que el empresario le exija funciones distintas a las pactadas si para su desempeño es necesario poseer una titulación que el trabajador no ha obtenido. De otro lado, también opera como garantía del interés público, exigiendo la posesión de determinadas titulaciones para el desempeño de ciertos cometidos.

Por otra parte, su actual exigencia no debe estimarse, reiterativa respecto de la necesidad de que el grupo profesional aglutine o agrupe unitariamente, entre otros elementos, las «titulaciones», según precisa el artículo 22.2 ET (conforme a la LEMURMEL). Porque agrupación unitaria no ha de significar en todo caso idénticas titulaciones, pudiendo coexistir varias en el seno del grupo profesional. Por consiguiente, el artículo 39.1 ET incorpora una exigencia específicamente limitativa de la movilidad funcional, distinta a la contemplada por el artículo 22.2 ET, que requiere la concurrencia de titulaciones a efectos definitorios del grupo profesional. De acuerdo con ello, este específico límite a la movilidad funcional no sustancial la impide dentro y fuera del grupo profesional cuando en éste existan diversas titulaciones y el trabajador no posea la requerida para las nuevas funciones que se le encomienden, o, poseyéndola, las nuevas funciones no se correspondan con la titulación determinante de su contratación.

c") La duración de la movilidad funcional.

- *Movilidad ordinaria.* En relación con esta movilidad la norma vigente sigue omitiendo cualquier indicación respecto de su duración. Una interpretación sistemática con la de índole extraordinaria, permite sostener el carácter temporal o indefinido de la movilidad, ya sea horizontal ya vertical (STS 25-2-1999), dada la menor intensidad de la misma en relación con la de carácter extraordinario.
- *Movilidad extraordinaria.* Continúa exigiéndose para esta clase de movilidad que el cambio de funciones se realice «por el tiempo imprescindible para su atención», ya se trate de movilidad descendente o ascendente.

En relación con la descendente, la norma no proporciona criterio alguno para acotar ese concepto jurídico indeterminado. En todo caso la transitoriedad que aquella expresión encierra, demanda una interpretación rigurosa o restrictiva de este límite específico. En este mismo sentido se pronunció la doctrina judicial recaída sobre la movilidad vertical descendente regulada con anterioridad a la LEMURMEL, que la acotaba con la misma expresión temporal que ahora se recoge en el artículo 39.2 ET (SSTSJ/Cantabria 11-2-2008 y TSJ/Madrid 7-4-2008). De acuerdo con esa doctrina judicial, el referido lapso temporal ha de entenderse como provisional y por tiempo mínimo, de modo que vulnera dicho límite la asignación estable y definitiva de funciones de categoría inferior. De ahí que la atribución permanente de estas funciones haya merecido la calificación jurisprudencial de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En la movilidad ascendente se suministran, a diferencia de la anterior, algunos criterios indirectos para delimitar lo que deba entenderse por tiempo imprescindible. Tales criterios operan como límites temporales máximos que excluyen la encomienda definitiva de funciones superiores, cuando éstas se realizan por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos.

En tales casos, el trabajador está facultado para reclamar el ascenso o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente, de acuerdo con las normas convencionales. Se configura así un derecho o expectativa de ascenso en virtud de una movilidad funcional extraordinaria que en su inicio aparece en interés del empresario y que deriva posteriormente en interés del trabajador cuando tales plazos se sobrepasan.

Se sigue habilitando a la negociación colectiva a fin de que, supletoriamente, pueda establecer «períodos distintos» a efectos de reclamar la cobertura de la vacante (art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL). Dispositivización que permite a los instrumentos negociales colectivos fijar períodos no sólo más reducidos sino más amplios que los señalados en dicho precepto. En todo caso, la finalidad general de atender por el tiempo imprescindible las funciones superiores, debe actuar como criterio limitativo global para la negociación colectiva aunque el mismo se atempere a las particularidades del sector o empresa a los que se aplique el convenio.

d") Los derechos económicos. El trabajador movilizado funcionalmente «tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice» (art. 39.3 ET conforme a la LEMURMEL). Una primera interpretación literal de esta regla general permitiría concluir que la retribución co-

rrespondiente a las nuevas funciones asignadas es la que debe prevalecer, incluso aunque sea inferior a la anteriormente percibida. De este modo, se solventaría a estos efectos el disenso jurisprudencial sobre el carácter consolidable o no de los complementos salariales de puesto de trabajo y por cantidad y calidad de trabajo que pudiera tener asignados el trabajador en relación con las funciones anteriores al cambio. Ahora bien, recuérdese que los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa, no tienen, en principio, carácter consolidable, salvo que se pacte lo contrario en convenio colectivo, o en su defecto, en contrato de trabajo [art. 26.3 ET y Capítulo 11, II, 1, C)].

Pero ese entendimiento de la regla general tiene una importante excepción para el supuesto de encomienda de funciones inferiores, ordinarias o extraordinarias, ya que, en tal caso, se debe mantener «la retribución de origen» (art. 39.3 ET). Este mandato, incorporado por la LRET, invalida de raíz cualquier interpretación que pretenda excluir de dicha retribución, en razón de su carácter no consolidables, los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa cuando en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo no se hubiera pactado expresamente su consolidación.

En lo tocante a la movilidad extraordinaria ascendente debe precisarse asimismo que, como ya se apuntó, el trabajador al que se encomienden funciones superiores, puede reclamar el ascenso o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente, cuando supere en esa situación el período temporal al que se hizo referencia. Pretensión que puede formularse «sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente», si el ascenso no procediera (art. 39.2 ET). A este respeto, conviene notar que la vigente dicción legal —derivada de la LRET— modifica la anterior de modo significativo. Con anterioridad se atribuía, en este punto, un derecho subjetivo: «el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice» (art. 23.3 ET), en tanto ahora se reconoce únicamente el derecho a reclamar la diferencia salarial. El cambio es significativo, porque, de acuerdo con alguna jurisprudencia anterior, aquella diferencia podía ser improcedente en algunos supuestos, concretamente cuando no se poseyera la titulación exigida o cuando no se hubieran realizado las funciones o cometidos esenciales de la superior categoría.

La referencia expresa del artículo 39.2 ET a la movilidad extraordinaria ascendente ha venido dificultando su aplicación a la movilidad ordinaria ascendente, en el marco, por tanto, del grupo profesional. La jurisprudencia suele admitir, sin embargo, su aplicación analógica al darse semejanza de razón en ambos supuestos.

e) Procedimiento

La norma vigente sigue sin establecer control alguno de orden administrativo o derivado de la representación colectiva de los trabajadores para la movilidad ordinaria. La doctrina científica ha señalado la conveniencia de que la norma estatal fije alguno de esos controles, teniendo en cuenta el nítido favorecimiento en las reformas de 1994 y de 2012 del grupo profesional como marco normativo en el que puede moverse sin explicitación de causa —que no sin existencia de la misma, como ya se indicó— la decisión empresarial de movilidad funcional. Queda pues desplazada a la esfera de la negociación colectiva la posible introducción de controles a este tipo de movilidad.

Con algún índice mayor de protección de la estabilidad en el empleo y de la regularidad de la decisión empresarial, para la movilidad extraordinaria la norma mantiene el control de la decisión empresarial por parte de los representantes de los trabajadores, a quienes el empresario debe comunicar «su decisión y las razones de ésta» (art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL). Se mejora con ello la anterior redacción del precepto, referida tan sólo a la obligación empresarial de comunicar a aquéllos la «situación» del cambio funcional.

Con todo, la ley guarda silencio respecto del tiempo y la forma de tal comunicación. Sin perjuicio de lo que pueda determinar el convenio colectivo aplicable, la obligación empresarial de comunicar su de-

cisión permite entender que ésta ya ha sido adoptada —aunque no necesariamente ejecutada—, de forma que el control por los representantes de los trabajadores no sería de carácter previo sino posterior a dicha decisión. En todo caso, la comunicación debe realizarse antes de que transcurra el plazo para el ejercicio de la acción judicial que proceda (un año desde el día en que la acción pueda ejercitarse: art. 59.2 ET), so pena de impedir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por lo que hace a la forma, la misma podrá ser verbal o escrita, salvo que se haya pactado una concreta en el convenio colectivo de aplicación.

La supresión del adjetivo «legales», que dicho precepto recogía en su anterior redacción con arreglo a la LRET, no ha de impedir, por otro lado, que esta obligación deba ser cumplida respecto de la representación unitaria y sindical, pues ningún distingo se efectúa sobre el particular por el nuevo artículo 39.2 ET, siendo evidente que ambas conforman mecanismos de representación legal de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo, aun cuando diverjan en su fundamento normativo y en su estructura orgánica y funcional. A favor de esta interpretación se alinea además, la significación atribuida por la doctrina al antiguo artículo 23.4 ET.

f) Efectos

La decisión empresarial produce tres clases de efectos respecto de la nueva situación profesional del trabajador derivada del cambio de funciones.

1.º *Ejecutividad de la decisión empresarial*. A diferencia de lo que sucede con los desplazamientos (art. 40.4 ET), el artículo 39 ET no establece de modo expreso esta ejecutividad. Pero el ordenamiento laboral acepta, como regla general, la legitimidad de las órdenes empresariales, al establecer el deber de obediencia del trabajador a las dictadas por el empresario en el ejercicio regular de su poder de dirección [art. 5.*c*) ET]. Esta presunción de legitimidad de tales órdenes comporta su ejecutividad, es decir, su inmediata puesta en práctica una vez adoptadas.

Ahora bien, en determinados supuestos la jurisprudencia ha admitido, por vía de excepción, el derecho de resistencia del trabajador a las órdenes empresariales irregulares. Estos supuestos de irregularidad se fundan, básicamente, en la vulneración manifiesta e ilegítima del ordenamiento: órdenes discriminatorias (cambio de funciones como represalia o sanción encubierta por actividad sindical…), lesivas de derechos fundamentales (peligro para la vida o integridad física derivado de encomienda de funciones peligrosas para las que no está capacitado profesionalmente…), o que menoscaban claramente su dignidad (encomienda de funciones inferiores sin justificación objetiva…).

2.º *Posibilidad de recurrir la decisión empresarial*. En caso de disconformidad con la decisión empresarial de movilidad funcional no sustancial, el trabajador puede impugnarla, sin perjuicio de su ejecutividad. La impugnación no suspende por tanto la ejecución de la orden, salvo que el trabajador solicite del juez dicha suspensión cuando resulten afectados gravemente sus derechos e intereses laborales legítimos y las posibilidades de reparación sean insuficientes. Ello sucederá, de modo especial cuando se alegue discriminación o vulneración de derechos fundamentales.

Esa impugnación puede canalizarse a través de una doble vía:

a) Si se trata de la reclamación de movilidad funcional vertical ascendente prevista en el artículo 39.4 ET (ascenso), se debe utilizar la modalidad procesal de clasificación profesional (art. 137 LJS). Por tanto, el objeto de la reclamación y de este proceso es la pretensión de reconocimiento del grupo profesional correspondiente a las funciones superiores que efectivamente está desempeñando el trabajador que tiene reconocido uno inferior, lo que supone, que existe un desajuste o divergencia entre las funciones reconocidas y las efectivamente realizadas.

Quedan fuera de este proceso las pretensiones sobre ascensos que se funden en las previsiones de las normas reglamentarias o convencionales (SSTS 21-7-1998 y 30-12-1998). El plazo para recurrir es el general de un año desde que la acción pudo ejercitarse (art. 59.2 ET).

b) Cuando se trate de cualquier otro supuesto de movilidad funcional horizontal o vertical descendente (ordinaria o extraordinaria), se ha de acudir al proceso laboral ordinario (arts. 80 ss. LJS). El plazo para recurrir es también el general de un año desde que la acción pudo ejercitarse (art. 59.2 ET). Ello salvo que se alegue violación de la libertad sindical u otros derechos fundamentales, en cuyo caso la vía adecuada es la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (arts. 177 a 184 LJS).

La sentencia puede declarar la decisión empresarial justificada, injustificada o nula. Se declara justificada cuando han quedado acreditadas las causas invocadas por el empresario para el cambio funcional. El cambio de funciones queda confirmado. Si se trata de reclamación de ascenso, el trabajador consolidará las superiores funciones.

La decisión debe declararse injustificada cuando el órgano judicial considere que no ha quedado acreditada la concurrencia de la causa o causas invocadas por el empresario para dicho cambio. La sentencia (de condena) reconocerá al trabajador:

- Su derecho al ascenso, así como su derecho a la diferencia salarial correspondiente si se ha reclamado la misma junto con el ascenso (ambas reclamaciones son acumulables: STS 5-5-1994).
- A ser repuesto en sus anteriores funciones en los demás casos de movilidad funcional.

La declaración de nulidad procede cuando la decisión empresarial se ha adoptado por motivos discriminatorios o infringiendo derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En este caso, la sentencia se ha de cumplir en sus propios términos. Por consiguiente, el trabajador debe ser repuesto en sus anteriores funciones, el empresario debe cesar inmediatamente en el comportamiento contrario al derecho fundamental lesionado, así como reparar las consecuencias derivadas de su decisión, incluida la indemnización que proceda (art. 182.1 LJS).

3.º *Inmunidad de los derechos laborales no afectados por la movilidad funcional.* La decisión empresarial de movilidad funcional no puede ser utilizada para aminorar otros derechos del trabajador no afectados por la misma (por ejemplo, su derecho a la adaptación de la jornada ordinaria para asistir a cursos de formación profesional).

4. Movilidad geográfica

A) De carácter sustancial: traslados

a) Concepto y caracteres

Los traslados constituyen una modalidad de la movilidad geográfica unilateral, que comporta la modificación sustancial del lugar de prestación de servicios, decidida por el empresario y que exige al trabajador el cambio de residencia con previsión definitiva o permanente. De este concepto derivan los caracteres básicos de los traslados. En su mayor parte, son comunes con los que rigen para los desplazamientos y tan sólo uno de ellos es propio de la modalidad que ahora se examina.

a') Caracteres comunes con los desplazamientos

a") Cambio de residencia. Derivado de la modificación del lugar de la prestación. De ahí que el cambio a un centro de trabajo ubicado en la misma localidad o en localidad próxima (por ejemplo, limítrofe) quede excluido del concepto. En estos casos, no estamos ante un traslado ni ante un desplazamiento, sino que se trata del regular ejercicio del poder directivo empresarial [arts. 5.*c*) y 20.2 ET].

b") Excepcionalidad del traslado. Los desplazamientos habituales, es decir, los que se realizan por el trabajador contratado específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móvi-

les o itinerantes (art. 40.1 ET), están excluidos del traslado al formar parte del objeto del contrato y, por ello, de una movilidad geográfica pactada.

c") Decisión unilateral del empresario. En los traslados individuales es el empresario quien decide unilateralmente el cambio de lugar de trabajo, sin ningún control o intervención previa de terceros. En los traslados colectivos el carácter unilateral, aunque no desaparece se matiza porque la decisión empresarial está supeditada a un control previo de orden colectivo, debiendo por ello ir precedida de la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores al igual que sucede con las modificaciones sustanciales colectivas.

b') Carácter propio del traslado

Específica es *la previsión definitiva o permanente* del cambio del lugar de la prestación laboral. La norma considera que este carácter permanente se alcanza cuando dicho cambio excede de doce meses en un período de tres años. Los doce meses pueden ser continuos (agotarse con un solo desplazamiento) o discontinuos (alcanzarse con varios desplazamientos que excedan de esa duración). El cómputo del plazo de doce meses comienza desde la fecha en que se realiza el primer desplazamiento.

La asignación al traslado de un carácter permanente no deja de ser una estimación o hipótesis legal, en el sentido de que el cambio de residencia que comporta el traslado se prevé como definitivo. Porque el traslado no ha de ser en todo caso permanente, ya que, una vez superada aquella duración, dicho cambio puede concluir antes de que finalice el contrato. Que ello es así lo confirma la novedad que introdujo la LRET al establecer un período de tres años para computar el plazo de doce meses de duración máxima del desplazamiento, lo que resulta más favorable para el empleador. Con anterioridad, el límite de doce meses cuya superación determinaba la posibilidad del traslado regía durante toda la vida del contrato, según interpretación jurisprudencial consolidada. Ahora, puede sobrepasarse ese límite de doce meses cada tres años, lo que permite realizar más de un traslado unilateral durante la vigencia del contrato, siempre que la duración de éste lo posibilite.

b) Clases

A diferencia de lo que sucede con los desplazamientos, para los traslados el legislador distingue expresamente entre traslados colectivos e individuales. La clasificación conlleva ciertas diferencias en punto al procedimiento y efectos de esta movilidad geográfica. El criterio de distinción reside en el número de trabajadores afectados, utilizándose los mismos umbrales establecidos para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

a') Traslados colectivos

Pueden ser de dos tipos: totales y parciales. Los primeros afectan a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores. Los traslados parciales son aquellos que sin incidir en todo el personal del centro de trabajo, afectan, como mínimo y en un período de noventa días, a diez trabajadores en empresas de menos de 100, al 10 por 100 de trabajadores en empresas entre 100 y 300, o a 30 trabajadores en empresas que ocupen más de trescientos.

b') Traslados individuales

El concepto de traslados individuales se obtiene por exclusión, debiendo considerarse como tales:

- Los traslados que afecten a la totalidad o a parte de los trabajadores del centro de trabajo, siempre que éste tenga al menos cinco trabajadores, dispensándose así un trato más favorable a la pequeña empresa en cuanto al procedimiento.

- Los traslados que, en un período de noventa días, no alcancen los mínimos establecidos en la escala legal para los traslados colectivos. Ello significa que en el concepto de traslado individual se incluyen tanto el traslado estrictamente individual, que afecta a un solo trabajador, como el traslado plural, que afecta a dos o más trabajadores pero que no alcanza los mínimos fijados en dicha escala legal para los traslados colectivos.

El riesgo de que el empresario presente como individuales traslados que en realidad son colectivos, se pretende conjurar, tal como sucede en las modificaciones sustanciales colectivas, disponiendo que cuando la empresa realice traslados en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales establecidos para los traslados colectivos, sin que concurran nuevas causas que justifiquen tal actuación respecto de las que motivaron el primer traslado, los nuevos traslados se considerarán realizados en fraude de ley, con la consiguiente nulidad y pérdida de efectos. Se trata, pues, de una regla que pretende evitar la parcelación artificial de los traslados, realizada con el único fin de no observar el procedimiento del traslado colectivo, que es más gravoso para el empresario.

c) Causas

Tanto para los traslados individuales como para los colectivos, y al igual que se exige para los desplazamientos, han de existir razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Teniendo en cuenta que los traslados constituyen una manifestación específica de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para la delimitación de dichas causas se introduce ahora una pauta genérica interpretativa semejante a la utilizada en las referidas modificaciones, al identificarse tales causas con «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa» (art. 40.1 ET conforme a la LEMURMEL).

La pauta no resulta tampoco aquí clarificadora por su carácter redundante. El recurso a los criterios utilizados con anterioridad a la reforma de 2012 en la delimitación de las citadas causas para las modificaciones sustanciales (relativización de la actualidad de la causa, realidad de la misma e indiferencia causal por la situación del empleo en la empresa afectada) puede ser de utilidad aplicativa con las precisiones ya señaladas para las citadas modificaciones [*supra* II, 2, A)].

A dichas causas comunes con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, se añade una específica para los traslados, procedente de la anterior regulación, concretamente la existencia de «contrataciones referidas a la actividad empresarial». La inclusión de esta causa resulta ociosa, puesto que la misma puede subsumirse sin esfuerzo entre las causas productivas, derivadas, en este caso, de la necesidad de atender una mayor demanda de productos.

d) Procedimiento

a') Traslados individuales

La más reducida tutela legal que reciben los traslados individuales se plasma en la simplificación del procedimiento. Estas modificaciones sustanciales pueden decidirse directamente por el empresario, exigiéndose tan sólo que se notifique la decisión al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Éste es el plazo de que dispone el trabajador para incorporarse a su nuevo puesto de trabajo a no ser que opte por la rescisión de su contrato. La negativa del trabajador al traslado por incumplimiento del plazo de preaviso no puede considerarse como desobediencia que justifique su despido.

La norma estatutaria no determina expresamente que la notificación se haga por escrito. No obstante, dicha exigencia se infiere de su carácter causal y del derecho reconocido al trabajador afectado para impugnarla (art. 40.1 ET). Aunque la ley también se abstiene de establecer un contenido mínimo de la notificación, el ejercicio del derecho de defensa de los trabajadores afectados exige que tal contenido inclu-

ya la causa del traslado y el supuesto de hecho que lo integra en términos compresibles de forma que no se produzca indefensión y la fecha en que la decisión sea efectiva. El incumplimiento de estos requisitos determina que la decisión empresarial sea declarada nula.

b') Traslados colectivos

Se reserva para los traslados colectivos la garantía consistente en la obligación empresarial de abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (unitarios y sindicales), por un plazo máximo a quince días, antes de adoptar la decisión del traslado, plazo que también se ha reducido respecto del máximo de treinta días anterior a la reforma de 2010 (art. 40.2 ET conforme a la LEMURMET).

La LRET sustituyó la anterior autorización administrativa exigida con anterioridad para el traslado colectivo por este período de consultas, lo que supone una reducción del control de legalidad teniendo en cuenta la distinta función y alcance que cumplen la citada autorización y el período de consultas: la primera verificar desde la Administración laboral el cumplimiento de la legalidad vigente en la materia por la decisión empresarial, en tanto que el segundo persigue lograr un acuerdo dirigido a determinados objetivos, entre ellos realizar un control colectivo privado de la regularidad de la decisión.

El carácter modificatorio sustancial de los traslados explica que la finalidad, inicio, desarrollo y conclusión de dicho período obedezcan a las mismas reglas estatutarias establecidas para el período de consultas de las modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, a las cuales espreciso remitirse [comisión negociadora, legitimación para intervenir en representación de los trabajadores, plazos, objeto de la negociación, naturaleza del acuerdo, solución de divergencias y decisión empresarial: *supra* II, 2, D, b)].

El empresario debe notificar la apertura del período de consultas, así como el resultado de las mismas («las posiciones de las partes tras su conclusión») a la autoridad laboral para su conocimiento. Se trata de una notificación que no tiene en la actualidad ningún efecto autorizatorio. Su finalidad se vinculaba básicamente la facultad reconocida a dicha autoridad para ampliar ese plazo de incorporación hasta un máximo de seis meses a la vista de la inexistencia de acuerdo («las posiciones de las partes») y siempre que las consecuencias económicas y sociales de la medida así lo justifiquen (por ejemplo, dificultades para encontrar nueva vivienda y plaza para el colegio de los hijos). La reforma laboral de 2012 ha suprimido esta razonable facultad con el objetivo de agilizar el procedimiento.

e) Efectos

a') Sobre la relación individual de trabajo

Ante la decisión de traslado, individual o colectivo, el trabajador cuenta con distintas opciones:

1.ª *Aceptar el traslado*. Ello comporta la atribución de determinados derechos:

- *Derecho al abono de gastos*. La aceptación por el trabajador de la decisión de traslado comporta el derecho a percibir una compensación por gastos, que comprende tanto los propios como los de los familiares a su cargo, en los términos en que se convenga entre las partes (empresario y trabajador), que en ningún caso pueden fijar una compensación inferior a los límites que, en su caso, se hallen establecidos en convenio colectivo. La finalidad de este derecho es la de paliar la onerosidad que supone el traslado para el trabajador. El derecho se configura como un mínimo, cuya concreción máxima remite necesariamente al pacto individual o convencional, dada la diversidad de circunstancias que concurren en cada caso (número de familiares a cargo, gastos de mudanza, incremento del precio de la vivienda en la localidad de destino…, STS 2-2-1989).

- *Derecho a mantener las condiciones laborales anteriores*, salvo la derivada del traslado y su eventual concurrencia con otra modificación, sustancial o no, del contrato de trabajo (por ejemplo, movilidad funcional).
- *Derecho de reagrupamiento familiar.* Integrado dentro de las modificaciones del contrato de trabajo en interés del trabajador que luego se estudiarán, supone el derecho de traslado del cónyuge del trabajador o trabajadora afectados por el traslado a la misma localidad. Para ello se requiere que el cónyuge trabaje en la misma empresa y que exista puesto de trabajo en la nueva localidad. La jurisprudencia entiende que el puesto de trabajo puede ser de igual o equivalente categoría profesional. Aunque la norma pretende proteger la convivencia familiar, se trata en realidad de un derecho condicionado a la existencia de puesto de trabajo en la localidad de destino.
- *Derecho preferente de traslado.* La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venga prestando sus servicios, tiene derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo que la empresa tenga vacante en cualesquier otro centro de trabajo. Se examina posteriormente al tratarse de una modificación del contrato de trabajo en interés del trabajador.

2.ª Rechazar el traslado y extinguir el contrato por sí mismo, sin necesidad de acudir a la vía judicial ni de acreditar perjuicio alguno, con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los períodos inferior al año y con un máximo de doce mensualidades. Esta rescisión ha de efectuarla en el plazo de preaviso de los treinta días anteriores a la fecha de efectividad del traslado.

3.ª Aceptar el traslado pero impugnar la decisión ante la jurisdicción social en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la misma (arts. 59.4 ET y 138.1 LJS), sin dejar de cumplir la orden de traslado. La impugnación es también factible cuando la decisión de traslado se apoye en el acuerdo con los representantes de los trabajadores. La jurisdicción social puede declarar el traslado justificado, injustificado o nulo, debiendo ser repuesto el trabajador en los dos últimos supuestos en su lugar de trabajo anterior.

Si antes de resolver la demanda del trabajador individual, se interpusiera conflicto colectivo ante dicha jurisdicción contra la decisión empresarial, dicha demanda quedará paralizada hasta la resolución del proceso de conflicto colectivo a fin de evitar la posible contradicción entre las distintas resoluciones.

4.ª Oponerse directamente al cumplimiento de la decisión de traslado e impugnarla ante la jurisdicción social, como vía excepcional a la ejecutividad de dicha decisión, con el mismo efecto suspensivo indicado en el caso de posterior interposición de conflicto colectivo. Se trata del derecho de resistencia que el trabajador puede ejercer frente a las manifestaciones manifiestamente irregulares del poder de dirección empresarial. Por ejemplo, cuando exista afectación a sus derechos fundamentales o libertades públicas o riesgo evidente para su integridad física.

Tanto en esta última opción como en la tercera, la activación de los derechos señalados en la primera de ellas sólo se producirá si la resolución judicial declara el traslado justificado.

b') Sobre las relaciones colectivas de trabajo

La decisión del traslado provoca sobre estas relaciones los mismos *efectos genéricos* ya estudiados para las modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, que se dan aquí por reproducidos [*supra* II, 2, D)]. Junto a éstos, existe un *efecto específico* sobre dichas relaciones, concretado en el *derecho de prioridad de permanencia* que ostentan los representantes legales de los trabajadores en sus puestos de trabajo como garantía de continuidad en el ejercicio de sus funciones. Quizá con finalidad de estímulo, pero no innovadora, la reforma de 2012 recoge la práctica convencional de algunos sectores de la actividad productiva, ampliatoria de este derecho. A este respecto, se trae a colación la posibilidad, de la que ya dis-

ponía con anterioridad la negociación colectiva, de que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas, puedan establecerse otras prioridades de permanencia, entre las que se citan los trabajadores con cargas familiares, los mayores de cierta edad o las personas discapacitadas (art. 40.5 ET conforme a la LEMURMEL).

f) Traslados colectivos en el supuesto de concurso

Como sucede con las restantes vicisitudes modificatorias, suspensivas y extintivas de carácter colectivo, los traslados colectivos se rigen por la legislación concursal cuando el empresario esté sometido a un procedimiento de esta naturaleza (art. 57 bis ET). Se aplican, por tanto, las reglas del artículo 64 LC y, con carácter supletorio, la legislación laboral en lo no previsto por este precepto. En consecuencia, se da por reproducido aquí lo expuesto en su momento para las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo [*supra* II, 2, D)]. Una singularidad recoge, sin embargo, el citado precepto mercantil en relación con efectos del traslado colectivo. Aunque, al igual que se hace con las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo, también se establece para esta clase de movilidad geográfica la suspensión del derecho del trabajador a rescindir el contrato de trabajo con la indemnización legalmente prevista en el ET durante la tramitación del concurso y por el período máximo de un año desde que haya dictado el auto autorizando el traslado colectivo, tal prescripción sólo se aplica cuando el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste, salvo acreditación de que el tiempo mínimo invertido en la idea y el regreso, excede el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo (art. 64.9 LCo).

B) De carácter no sustancial: desplazamientos

a) Concepto y caracteres

La regulación legal de los desplazamientos se configura como una modalidad de la movilidad geográfica unilateral decidida por el empresario, que entraña modificación no sustancial del lugar de prestación de servicios, exigiendo al trabajador el cambio de residencia con previsión temporal.

Como ya se anticipó, los desplazamientos comparten con los traslados todos los rasgos característicos ya estudiados para éstos, salvo el relativo a su duración, que para los primeros se prevé con carácter temporal. Ello explica que esta movilidad geográfica no se considere cambio sustancial del lugar de trabajo, así como la simplificación y la menor exigencia de garantías que para el mismo establece la norma legal. La temporalidad que permite delimitar a los desplazamientos se determina cuando su duración queda por debajo de los períodos de tiempo fijados por la norma para considerar la movilidad geográfica como traslado (doce meses en un período de tres años), sin perjuicio de que los desplazamientos suponen siempre cambio temporal de residencia a población distinta de aquella en la que el trabajador tiene fijada su domicilio habitual.

La necesidad del cambio temporal de residencia ha de valorarse con criterios objetivos, contemplados en ocasiones por los convenios colectivos. Tales criterios han de tomar como punto de referencia la situación anterior al desplazamiento, comparando el tiempo a invertir hasta llegar al centro del trabajo antes y después del cambio y no tan sólo la ubicación del nuevo centro. Si el desplazamiento no exige objetivamente cambio temporal de residencia, se tratará de una movilidad geográfica no sustancial sometida al regular ejercicio del poder empresarial directivo [arts. 5.*c*) y 20.2 ET], pero no a su poder modificatorio, por lo que, salvo pacto en contrario, no serán de aplicación las reglas estatutarias previstas para los desplazamientos en el artículo 40.4 ET.

b) Clases

A diferencia de los traslados, la norma estatutaria no distingue entre desplazamientos individuales y colectivos, de forma que dispensa un tratamiento uniforme a todos ellos, si bien en algunos convenios se establece la distinción y reglas específicas en función de la misma. Aunque la duración de ambas clases sea temporal, la repercusión de los desplazamientos colectivos suele ser mayor (por ejemplo, quebrando o dificultando la representación colectiva de los trabajadores). La afectación al interés colectivo de los trabajadores en estos casos requeriría la incorporación de ciertas garantías por la norma legal que ahora brillan por su ausencia (por ejemplo, notificación previa de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores).

c) Causas

Se aplican a los desplazamientos las mismas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que rigen para los traslados, con igual inclusión en el abanico causal de las contrataciones referidas a la actividad empresarial. Sin embargo, en la reforma de 2012 la pauta finalista incorporada para los traslados queda ahora referida tan sólo a ellos y no a los desplazamientos. La omisión no es relevante habida cuenta de la redundancia terminológica que revela dicha pauta, como ya se señaló [*supra* II, 4, A)]. Pero revela el mayor automatismo que la norma quiere imprimir a la decisión empresarial de desplazamiento, sin exigencia, por tanto, de una mínima vinculación entre la misma y la finalidad que con ella se persigue.

d) Procedimiento

Con base en la menor intensidad del cambio geográfico que el desplazamiento comporta, dado su carácter temporal, la norma flexibiliza el procedimiento y, en consecuencia, no exige aquí que el empresario proceda a abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores. Flexibilidad que también alcanza en dos aspectos al plano de la relación individual de trabajo si se contrasta con la regulación de los traslados. En primer lugar, el empresario sólo tiene el deber de informar al trabajador del desplazamiento, no de comunicárselo por escrito, por lo que el deber queda cumplido en todo caso con una información verbal, salvo lo que pueda prever el convenio colectivo de aplicación. En segundo término, el plazo para transmitir la información puede ser el general de la «antelación suficiente a la fecha de su efectividad» o el específico de cinco días laborables cuando el desplazamiento tenga una duración superior a tres meses. La interpretación sistemática del artículo 40.4 ET en este punto permite concluir que el plazo general se cumple informando al trabajador con una antelación menor de cinco días laborales, dentro de cuya franja el empresario puede determinar lo que en cada caso considere antelación suficiente. De ahí que la doctrina judicial haya admitido el desplazamiento que no supera los tres meses a partir del día siguiente al de su comunicación al trabajador (STSJ/Extremadura 20-12-1994).

e) Efectos

a') Ejecutividad de la orden de desplazamiento. La decisión empresarial de desplazamiento es ejecutiva una vez transcurrido el plazo de preaviso para que el trabajador se incorpore a su nuevo destino. Teniendo en cuenta que el desplazamiento es menos gravoso para el trabajador que el traslado, no se reconoce al trabajador el derecho a rescindir por sí mismo el contrato de trabajo. La ejecutividad cuenta, no obstante, con excepciones, que permiten al trabajador incumplir la orden cuando el empresario actúa con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho (por ejemplo, orden desplazamiento que interrumpe injustificadamente el período de vacaciones: STS 7-3-1986), atenta contra la dignidad del trabajador (SSTS 28-11-1989 y 28-12-1989) o la orden es claramente antijurídica (por ejemplo, desplazamiento que se prolonga más allá de doce meses en un período de tres años, sin que el empresario observe los requisitos exigidos para llevar a cabo un traslado: STS 14-10-2004). Tampoco puede sancionarse en todo caso el incumplimiento de la

orden con el despido disciplinario cuando su inobservancia tiene carácter leve, debiendo tenerse en cuenta la doctrina gradualista que exige la proporcionalidad entre el hecho y la sanción (STSJ/País Vasco 21-12-2004: trabajador que no se niega a cumplir la orden empresarial de desplazamiento, sino que pretende que se respete su horario para acudir a cursos de formación).

La ejecutividad de la orden no impide que el trabajador pueda impugnarla ante la jurisdicción social en los mismos términos y con iguales efectos ya examinados para los traslados [*supra* II, 4, A)].

b') Derecho al mantenimiento del salario. Establecido de modo expreso en el artículo 40.4 ET, debe extenderse a las condiciones laborales anteriores no afectadas por el desplazamiento, a no ser que esta movilidad geográfica concurra con otra modificación del contrato de trabajo (por ejemplo, una movilidad funcional).

c') Derecho al abono de gastos de viaje y dietas. El desplazamiento genera el derecho del trabajador a dicho abono. La cuantía de tales gastos suele establecerse en convenio colectivo, apreciando distintas circunstancias, tales como las funciones desempeñadas, el medio de transporte utilizado, la distancia a recorrer o el índice de precios al consumo en el lugar de destino. Las dietas comprenden los gastos de alojamiento y manutención, que han de corresponder al lugar al que se desplaza el trabajador y no al lugar desde el que se desplaza si son de diferente cuantía (STS 5-11-1986). Los gastos por dietas no pueden dejar de abonarse so pretexto de que se ha superado el límite temporal del desplazamiento, pues ello supondría admitir la prolongación injustificada del mismo por la sola voluntad empresarial y, además, la ausencia de la compensación económica prevista para esta clase de movilidad geográfica (STS 14-10-2004).

d') Derecho a un permiso retribuido. Por cada tres meses de desplazamiento el trabajador tiene derecho a disfrutar de un permiso de cuatro días laborales en su domicilio de origen, sin que deban computarse como tales los utilizados en los viajes que se efectúen con esa finalidad, corriendo los gastos de los mismos a cargo del empresario. La norma guarda silencio sobre el carácter retribuido o no del permiso, pero sin duda lo es habida cuenta del criterio normativo general de retribuir los permisos reconocidos por la norma legal al trabajador (art. 37.3 ET), criterio que el TS comparte (STS 26-5-1986), así como que el permiso deriva de una decisión adoptada por el empresario en su interés. Los días de permiso pueden disfrutarse de forma acumulada entre sí o con otros períodos de descanso (por ejemplo, con las vacaciones). La naturaleza de este derecho y su finalidad de evitar o reducir el impacto del desplazamiento en los vínculos de convivencia del trabajador, imponen la imposibilidad de su compensación económica (STS 28-5-1994).

e') Derecho de prioridad de permanencia. La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en su centro de trabajo es común con los traslados, dándose aquí por reproducido lo que se expuso con anterioridad sobre este punto [*supra* II, 4, A)].

C) *Movilidad geográfica transnacional*

En los desplazamientos que se realizan más allá de las fronteras de un Estado deben distinguirse dos supuestos: internacionales de un lado y comunitarios de otro.

a) Desplazamientos internacionales

Con carácter general, los desplazamientos de trabajadores que las empresas radicadas en España realicen a un país extranjero suponen la aplicación de las reglas estatutarias anteriormente examinadas para esta clase de movilidad geográfica, a salvo de las particularidades que puedan contemplarse en los convenios internacionales vigentes en España con incidencia en esta materia y de las que se deriven de lo dispuesto en el Reglamento CE/593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuya virtud cabe la posibilidad de que el contrato de trabajo se rija por la normativa del lugar de prestación de los servicios, sin perjuicio de las normas más favorables que puedan resultar aplicables [Capítulo 3, III, 2, A)].

b) Desplazamientos comunitarios

En el ámbito comunitario rigen para los desplazamientos de trabajadores entre los Estados miembros de la UE y los signatarios del Acuerdo sobre el EEE la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, así como la LDT, que es la norma interna que la transpone. En esta última norma se regulan dos supuestos de desplazamientos transnacionales. El principal está dedicado a las empresas establecidas en la UE o en el EEE. Por vía complementaria, también se contemplan algunas reglas para el supuesto de empresas establecidas en España.

a') Empresas establecidas en la UE o en el EEE. La empresa establecida en alguno de esos Estados que desplace temporalmente a sus trabajadores a España, en el marco de una prestación de servicios transnacional, deberá garantizar a sus trabajadores, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en disposiciones legales o reglamentarias del Estado, convenios colectivos o laudos arbitrales. Tales condiciones han de referirse al tiempo de trabajo, a la cuantía del salario, a la igualdad de trato y no discriminación, al trabajo de menores, a la prevención de riesgos laborales, al respeto a la intimidad y a la dignidad, a la libre sindicación y a los derechos de huelga y reunión (arts. 3.1 Directiva 96/71 y 3.1 LDT).

Los supuestos de desplazamiento que permiten la aplicación de dichas condiciones obedecen a determinadas finalidades (art. 2 LDT):

- El desplazamiento del trabajador para ejecutar un contrato concertado por una empresa establecida en otro país comunitario, a la que aquél pertenece, con otra destinataria de la prestación del servicio y establecida o que ejerza su actividad en España.
- El desplazamiento del trabajador por una empresa establecida en otro país comunitario a fin de prestar servicios en un centro de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte, ambos radicados en España.
- El desplazamiento del trabajador por parte de una ETT establecida en otro país comunitario para su puesta a disposición de una empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en España.
- El desplazamiento del trabajador a España por parte de una empresa usuaria establecida en otro país comunitario.

En todos estos supuestos, el empresario que vaya a proceder al desplazamiento debe comunicarlo antes de su inicio, cualquiera que sea su duración, a la autoridad laboral española competente, quien ha de ponerlo en conocimiento de la ITSS a los efectos oportunos (art. 5 LDT). La comunicación debe tener un contenido mínimo (identificación de la empresa que desplaza, domicilio fiscal, datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados, identificación de la empresa o empresas, centro o centros de trabajo donde se prestarán los servicios, fecha de inicio y duración del desplazamiento…), si bien dicha comunicación no se exige en determinados desplazamientos cuya duración no exceda de ocho días (art. 5 LDT).

La Administración laboral tiene atribuidas competencias de información a las empresas que desplacen trabajadores al territorio español sobre las condiciones de trabajo que deben garantizar a los trabajadores desplazados, competencias de cooperación con las Administraciones de otros Estados en materia de información e inspección, así como de vigilancia y sanción respecto de las infracciones administrativas que en esta materia puedan realizar dichas empresas (arts. 7, 8, 9 LDT y 10 LISOS). Las cuestiones litigiosas que se planteen como consecuencia de la aplicación de la LDT se atribuyen al conocimiento de la jurisdicción del orden social [arts. 15 LDT y 2.*t*) LJS].

b') Empresas establecidas en España. Estas empresas, españolas o no, cuando realicen desplazamientos de sus trabajadores a otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios transnacional, deben garantizar a sus trabajadores las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71, sin perjuicio del respeto a las condiciones

de trabajo más favorables derivadas de lo previsto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales (Disp. Adic. 1.ª LDT).

5. Modificación del contrato de trabajo con finalidad disciplinaria

El poder de variación empresarial también se puede ejercer con fines de disciplina laboral. Conforme a lo previsto en el artículo 58.1 ET, los convenios colectivos regulan en ocasiones la movilidad funcional o geográfica como sanciones disciplinarias, sometidas también a la gradación general de las faltas laborales como leves, graves y muy graves (ejemplos de esta última son la encomienda forzosa de funciones de nivel inferior o la decisión de traslado forzoso). Se encauza de este modo, al igual que sucede con las distintas manifestaciones del poder disciplinario, una función de garantía del cumplimiento de las obligaciones que el trabajador asume mediante el contrato de trabajo, así como del adecuado desarrollo del trabajo en la empresa y de las relaciones humanas que en torno al mismo se traban. El poder de variación aparece aquí, por tanto, como un poder instrumental en relación con el disciplinario, orientado este último asimismo hacia interés del empresario en cuanto acreedor de trabajo, pero dirigido también, de forma derivada, a afirmar el interés de la empresa —de todo tipo de empresa— en su normal desenvolvimiento.

A) Límites

Junto a los principios y prohibiciones que, de modo general, limitan el ejercicio del poder disciplinario empresarial [Capítulo 5, II, 3, A)], hay que tener en cuenta en este ámbito ciertos límites específicos del mismo.

a) Determinados aspectos del contenido del derecho al trabajo conectados con la interdicción de discriminación (art. 35.1 CE) y con la consecuente prohibición de sanciones discriminatorias (por ejemplo, desempeño forzoso de funciones inferiores a causa de la afiliación sindical).

b) El derecho constitucional a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE), que puede lesionarse en determinados casos. Por ejemplo, mediante la sanción consistente en la pérdida definitiva de la categoría profesional, inadmisible dado que inhabilita al trabajador a perpetuidad para el ejercicio de un derecho constitucional (STSJ Cantabria 12-2-1993). El criterio judicial se matiza cuando se trata de pérdida temporal de dicha categoría, no lesionándose en este caso el derecho a la promoción profesional porque el trabajador puede volver a obtener aquella categoría si cumple los requisitos establecidos (STSJ/C. Valenciana 2-6-1995).

c) La libertad de residencia (art. 19 CE) y el derecho a la protección de la vida personal y familiar (art. 39.1 ET), deben tenerse en cuenta para limitar lícitamente el alcance de la movilidad geográfica como sanción. A este respecto, el principio de proporcionalidad del Derecho sancionador cobra especial relieve, exigiendo una razonable adecuación entre la conducta infractora (el hecho imputado), la sanción, el comportamiento del asalariado y sus efectos en el ámbito laboral. Por ejemplo, sólo cabrá acudir a la sanción de movilidad geográfica ante infracciones muy graves del trabajador que imposibiliten o dificulten en extremo la convivencia con sus superiores, subordinados, compañeros de trabajo o clientes de la empresa.

B) Procedimiento y efectos

En relación con el procedimiento, y salvo lo que pueda determinar el convenio colectivo aplicable, la imposición de la sanción debe cumplir las garantías genéricas y específicas previstas en la ley laboral frente al ejercicio del poder disciplinario [Capítulo 5, II, 3, A)].

Por lo que a los efectos atañe, procede señalar los siguientes:

a) Inexistencia de previsión legal expresa para el traslado forzoso respecto de la compensación de gastos que lleva aparejada el traslado voluntario (art. 40.1 ET). La imprevisión legal no debe equipararse con la improcedencia de dicha percepción, a fin de no desconocer el principio de tipicidad de las faltas laborales y la consecuente legalidad de la sanción, puesto que el traslado forzoso se circunscribe únicamente al cambio impuesto del lugar de trabajo sin que, por tanto, pueda extenderse objetivamente a la pérdida de aquella compensación. Esto explica que algunas normas convencionales regulen una indemnización para el traslado disciplinario, aunque de cuantía menor a la que correspondería en el supuesto de traslado ordinario, minoración que tampoco se compadece con el mencionado principio.

b) Inviabilidad de que, en el supuesto de sanción de traslado, el trabajador rescinda por sí mismo el contrato de trabajo con derecho a indemnización. Lo que se explica porque en este caso el perjuicio que el traslado ocasione al trabajador no deriva de una causa empresarial, sino de un previo comportamiento grave y culpable del trabajador.

c) La sanción disciplinaria, de movilidad funcional o geográfica, al igual que todas las de esta naturaleza, es impugnable ante la jurisdicción del orden social (art. 58.2 ET) en el mismo plazo y con los mismos efectos de la resolución judicial ya estudiados para el régimen general del poder disciplinario [Capítulo 5, II, 3, A)].

d) La ejecución por el empresario de la sanción de traslado forzoso que es impugnada por el trabajador y dejada sin efecto mediante resolución judicial, genera derecho a indemnización a favor de éste al haber sido impuesta sin haber alcanzado firmeza dicha resolución (STSJ/Navarra 24-2-2000).

III. MODIFICACIONES EN INTERÉS DEL TRABAJADOR

La modificación del contrato de trabajo puede también obedecer al interés del trabajador, en cuyo caso, y como ya se indicó, el poder empresarial modificatorio se pone al servicio de aquél, reconociéndole determinados derechos o expectativas a fin de que su interés pueda ser encauzado y atribuyendo al empresario las correlativas obligaciones. En suma, la decisión modificatoria del empresario es unilateral por su origen pero obligatoria por su finalidad, al responder a un interés del trabajador digno de protección.

Los intereses y bienes jurídicos protegidos mediante esta clase de modificaciones se articulan básicamente bien en torno a la movilidad funcional o geográfica, bien sobre ambas. Los supuestos en que procede aplicar dichas modificaciones contractuales se sujetan a las reglas generales previstas para las mismas en el ET, ya estudiadas con anterioridad, con excepción de las especialidades que para cada uno de ellos se establecen.

1. Movilidad funcional

A) Para la tutela de la promoción profesional: ascensos

a) Concepto y clases

Cualquiera que sea su causa, por ascenso laboral debe entenderse el desempeño de funciones superiores a las habitualmente prestadas por el trabajador como consecuencia del ejercicio de su derecho de promoción profesional en el trabajo [arts. 35.1 CE, 4.2.*b*), 24 y 39.2 ET conforme a la LEMURMEL]. Como manifestación de este derecho, el ascenso supone siempre una movilidad funcional vertical ascendente que puede tener carácter sustancial o no en función de la relevancia cualitativa que el mismo comporte, pero que en todo caso se rige por normas específicas al margen del artículo 41 ET.

De la regulación que el ET realiza de los ascensos se infiere la existencia de una doble clasificación de este tipo de movilidad funcional, según aquéllos deriven o no del ejercicio del *ius variandi*.

b) Ascensos derivados del *ius variandi*

Una primer tipo de ascensos deriva del ejercicio extralimitado del *ius variandi* por la vía de la movilidad funcional ascendente mediante la realización de funciones superiores a las del grupo profesional y sobrepasando los límites temporales de la movilidad funcional ascendente basada en el aquel poder de variación empresarial. Dichos límites se fijan en un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos, o bien en los períodos inferiores o superiores que la negociación colectiva pueda establecer [art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL y *supra* II, 3, B)].

Con objeto de proteger de la profesionalidad del trabajador frente a un ejercicio irregular del *ius variandi*, como ya se anticipó, el trabajador está facultado para reclamar el ascenso o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente, de acuerdo con las normas convencionales. Por lo tanto, la decisión de movilidad funcional ascendente se realiza en su inicio en interés del empresario, pero puede mudar en interés del trabajador a consolidar su derecho o expectativa de ascenso si aquellos plazos se superan. Respecto de la impugnación de la decisión empresarial y de sus efectos debe darse por reproducido lo expuesto en su momento en relación con esta clase de movilidad funcional [*supra* II, 3, B)].

c) Ascensos al margen del *ius variandi*

El cambio funcional ascendente puede producirse también, y es lo más frecuente, sin intervención alguna del poder de variación empresarial, en el marco del desenvolvimiento ordinario del derecho a la promoción profesional en el trabajo. Dicho cambio ha de tener lugar dentro del sistema de clasificación profesional, debiendo recordarse que, tras la reforma de 2012, esta clasificación sólo se efectúa por medio de grupos profesionales al haberse suprimido las categorías profesionales (art. 24.1 ET en relación el art. 22.1 conforme a la LEMURMEL).

La ley determina los criterios a tener en cuenta para llevar a cabo los ascensos. De un lado, se utilizan criterios objetivos: antigüedad, formación y méritos. Toman en consideración datos del trabajador objetivamente acreditados y por ello favorecen su interés en ser evaluado con imparcialidad en su promoción profesional. De otro, se acude a un criterio de carácter subjetivo, concretado en las facultades organizativas del empresario (art. 38 CE), que considera de modo prioritario su interés. Sobre la base de dichos criterios generales, el convenio colectivo, o, en su defecto, el acuerdo de empresa, han de establecer los concretos procedimientos que deben regir los ascensos.

En la negociación colectiva la antigüedad se utiliza como criterio subsidiario o combinado con los restantes, pues su indiscutible objetividad resulta insuficiente para trazar un perfil completo de las características profesionales exigidas para ocupar el puesto de superior nivel funcional. Por el contrario, los criterios de verificación de méritos y formación son los más utilizados, ya que permiten evaluar con mayor precisión aquellas características mediante distintas fórmulas, entre las que destacan el concurso de méritos, la realización de pruebas de conocimientos teóricos o prácticos y la participación en cursos de formación que acrediten la adquirida.

La facultad empresarial de libre designación del candidato al puesto superior, derivada de su poder organizativo, también suele contemplarse en la negociación colectiva. Dicha facultad representa un amplio poder discrecional conferido al empresario en la selección del candidato que considere idóneo, estando reservada, por lo común, para los puestos de confianza, asesoramiento y dirección. La facultad no es, sin embargo, irrestricta. Entre otros derechos fundamentales del trabajador que no pueden desconocerse a este respecto, la ley prevé que los ascensos deben ajustarse a criterios y sistemas cuyo objetivo sea garantizar «la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación» (art. 24.2 ET).

Relacionado con los anteriores procedimientos de selección, algunos convenios colectivos regulan el «ascenso a prueba». Supone éste condicionar la definitiva promoción al nivel funcional superior a la superación de una suerte de período de prácticas en el ejercicio de las nuevas funciones. Debe diferenciarse este específico período práctico del período de prueba establecido con carácter general en el artículo 14 ET, tanto por su finalidad, como por sus efectos. De un lado, porque no obedece a la comprobación por las partes de que el nuevo cometido a desempeñar responda a sus recíprocas expectativas, sino a la verificación por el empresario de que el trabajador que ha superado el procedimiento de ascenso se ajusta en la práctica a las necesidades y características del puesto de trabajo superior. De otro, dada la inaplicación del efecto principal extintivo propio del período de prueba insatisfactorio al período práctico, de modo que si no se supera este período para el ascenso definitivo el contrato no se extingue y el trabajador retorna al puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad.

La provisión de los puestos de trabajo del personal laboral que presta sus servicios a las AAPP —provisión que incluye los ascensos— ha de realizarse con arreglo a lo que establezcan los convenios colectivos y, en su defecto, mediante el sistema de provisión establecido para los funcionarios de carrera (art. 83 EBEP). En este último sistema se establecen, como procedimientos de provisión, el concurso y la libre designación con convocatoria pública. Ambos deben regirse por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 78.1 y 2 EBEP).

B) Para la tutela de la seguridad y salud laborales

La protección de la seguridad y salud laborales se encauza mediante el reconocimiento al trabajador de ciertos derechos o expectativas a la movilidad funcional cuando tales bienes jurídicos son susceptibles de ser lesionados. Distintos colectivos de trabajadores se encuentran bajo esta protección.

a) Trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos

Se encuentran en este supuesto los trabajadores a quienes afectan de modo especial ciertos riesgos laborales, debido a su específica incidencia sobre aquéllos y no al peligro que, con carácter general, se vincule objetivamente al riesgo (por ejemplo, alergias a determinadas sustancias químicas o discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales que incrementan el riesgo de utilizar cierta máquinaria).

Cuando esta especial sensibilidad es sobrevenida —si es previa se prohíbe emplear al trabajador en puestos de trabajo incompatibles con su específica situación—, no se reconoce expresamente a éste el derecho a la adopción de una medida concreta (art. 15 Directiva 89/391 y art. 25 LPRL). No obstante, los principios de evitación del riesgo y de sustitución de lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro [art. 15.1.*a*) y *f*) LPRL], imponen al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas al respecto, entre ellas la movilidad funcional (acompañada, en su caso, de una movilidad geográfica), cambio que debe respetar los límites generales establecidos para la misma.

b) Trabajadoras con riesgo durante el embarazo o la lactancia

El empresario tiene la obligación de evaluar los riesgos laborales de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural. Cuando la evaluación revele un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia natural de dichas trabajadoras, el empresario debe informar a éstas de este extremo y a los representantes de los trabajadores, así como adoptar determinadas medidas a fin de evitar el riesgo (arts. 26 LPRL y 4 a 7, 11 y 12 Directiva 92/1985). La ley articula la adopción de estas medidas de forma gradual, en un abanico de menor a mayor intensidad y desde el criterio básico de priorizar la protección de la seguridad y la salud del embarazo y de la lactancia natural. Cuatro tipos de medidas se destinan a este objetivo, teniendo todas ellas carácter temporal hasta tanto desaparezca la situación de riesgo cualquiera que sea la causa.

En primer lugar, el empresario debe tomar las medidas necesarias a fin de evitar la exposición de la trabajadora a un riesgo para su seguridad o salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia natural. Tales medidas consistirán en adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora, de tal modo que se evite la exposición a dicho riesgo o la repercusión del mismo como consecuencia del desempeño de su puesto de trabajo habitual (por ejemplo, introduciendo cambios técnicos en su puesto de trabajo que eliminen el riesgo.

En segundo lugar, cuando dicha adaptación no resulte posible o, pese a la adaptación, las condiciones del puesto de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o lactante, extremo que han de certificar los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, el empresario debe decidir la movilidad funcional ordinaria de la trabajadora, con carácter temporal y con sujeción a las reglas y criterios generales establecidos para este cambio, de tal forma que aquélla desempeñará un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, hasta el momento en que su situación de salud permita su reincorporación al anterior puesto. La ley cree necesario incentivar el cumplimiento de este deber empresarial aplicando una reducción, a cargo de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes y durante todo el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función (Disp. Adic. septuagésima octava, 1º LPGE-2014 y Disp. Adic. octogésima quinta LPGE-2015).

La tercera medida se activa en el caso de que no exista puesto de trabajo o función compatible con el anterior que permita realizar el cambio funcional ordinario, lo que abre la vía de la movilidad funcional extraordinaria, también con carácter temporal, en cuya virtud «la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente» (recuérdese que a partir de la LEMUR-MEL, y transcurrido el período de adaptación de los convenios, la falta de correspondencia sólo opera en relación con el grupo). Aunque la norma no lo especifique, en este caso el puesto a desempeñar ha de ser compatible con su estado, pues lo contrario conduciría a una conclusión absurda. Por otra parte, la ley configura literalmente esta movilidad como una facultad del empresario, pero, atendiendo a la finalidad de este cambio, se trata de una obligación, cuando menos inicial, pues el derecho a la protección eficaz de la salud y seguridad de todo trabajador (art. 14 LPRL) no puede quedar supeditado al eventual ejercicio del poder empresarial de variación de funciones.

La formal atribución de dicha facultad se explica por la existencia de una cuarta medida aplicable cuando el cambio funcional extraordinario de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Si este supuesto se produce «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo». Esta causa de suspensión es objeto de estudio en el lugar correspondiente [Capítulo 13, II, 2, D)].

c) Trabajadores con riesgo de enfermedad profesional

Si como consecuencia de los reconocimientos médicos, iniciales y sucesivos, cuya práctica debe realizar, con carácter obligatorio y gratuito para el trabajador, la empresa que haya de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales (art. 196.1 LGSS), se descubre algún síntoma a este respecto, que no constituya incapacidad temporal pero cuya progresión o recaída sea posible evitar mediante el cambio a otro puesto de trabajo, temporal o definitivo, dentro de la empresa y exento de riesgo, esta movilidad funcional es obligada para el empresario (art. 25.1 Decreto 792/1961, de 13 de abril y OM 9-5-1962). El cambio funcional procede cuando los síntomas de ese tipo de enfermedad aparecen, no cuando la misma ya se ha instalado, puesto que, en tal caso, habrá de declararse por el INSS una incapacidad permanente en el grado que corresponda. Si la empresa no cumpliera el dictamen médico en el que se señalan los referidos síntomas, la misma será responsable principal de la reparación económica de las incapacidades o muertes que puedan producirse, actuando el ente asegurador de AT y EP como responsable subsidiario

en caso de insolvencia de aquélla (art. 25.2 Decreto 792/1961). De forma semejante a lo previsto para la movilidad de las trabajadoras con riesgo durante el embarazo o la lactancia, la ley considera necesario estimular el cumplimiento de este deber empresarial aplicando una reducción, a cargo de la Seguridad Social y en los términos y condiciones que por vía reglamentaria se determinen, del 50 por ciento de la aportación empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, cuando, por razón de enfermedad profesional, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador (Disp. Adic. septuagésima octava, 2º LPGE-2014 y Disp. Adic. octogésima quinta LPGE-2015).

El cambio de puesto de trabajo a otro compatible con el estado de salud del trabajador, no afecta a sus retribuciones, conservando las del puesto anterior en el caso de que las del nuevo sean inferiores, a excepción de las directamente ligadas a la producción que fueran exclusivas del puesto de trabajo de procedencia (art. 45.4 OM 9-5-1962), como sucede con los complementos por calidad o cantidad de trabajo, salvo pacto en contrario (art. 26.3 ET).

Cuando, a juicio de la empresa, no exista puesto de trabajo adecuado, el trabajador, previa conformidad de la ITSS, será dado de baja en la plantilla e inscrito con derecho preferente para ser empleado por la oficina de empleo. Hasta tanto encuentre ocupación percibirá, con cargo a la empresa, un subsidio equivalente al salario íntegro durante doce meses, que pueden prorrogarse por otros seis, en este caso a cargo del ente asegurador, si persiste la situación de desempleo. La citada prestación económica cesa antes de finalizar dichos plazos si la oficina de empleo ofrece al trabajador un puesto adecuado (art. 48.1 y 2 OM 9-5-1962). Si en el transcurso de los dieciocho meses no hubiera encontrado trabajo, percibirá con cargo al seguro de desempleo, durante seis meses más, prorrogables por un máximo de otros seis, la prestación económica equivalente a su salario íntegro. Para tener derecho a esta prestación debe inscribirse, durante los tres primeros meses de su percepción, en un curso de formación profesional intensiva (art. 48.4 OM 9-5-1962).

d) Trabajadores nocturnos

Como se estudió en su momento [Capítulo 10, II, 3, C)], si a los trabajadores nocturnos se les reconocen «problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno», en virtud la evaluación gratuita de su salud que el empresario debe realizar antes de que sean destinados a un trabajo nocturno y, con posterioridad, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia, dichos trabajadores tienen derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para cuyo desempeño tengan aptitud profesional [arts. 36.4 ET y 9.1.*b*) Directiva 2003/88].

Dos precisiones deben añadirse en este lugar. La primera para señalar que este supuesto puede coincidir con el anterior, relativo a los trabajadores con riesgo de enfermedad profesional, pero no de modo necesario, ya que aquí la causa que determina la movilidad es más amplia, al venir referida a «problemas de salud». Y la segunda para anotar que la movilidad puede ser no sustancial o sustancial, debiendo llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 ET, respectivamente.

C) Para la integración laboral de los discapacitados

La movilidad funcional es un instrumento útil para coadyuvar a la integración laboral del trabajador discapacitado, facilitando bien su permanencia en el trabajo pese a su discapacidad, a fin de no agravar aún más su situación, bien su vuelta al trabajo con plena aptitud para desarrollarlo. A esta finalidad integradora responden ciertas reglas que conciernen a la movilidad funcional (arts. 49 CE, 1 a 3 RD 1.451/1983, de 11 de mayo y 1 y 7 del Convenio OIT 159/1983, de 2 de junio).

Las causas que determinan tal movilidad obedecen a dos clases de situaciones del trabajador: la incapacidad permanente parcial y la recuperación de la plena capacidad laboral. Ambas situaciones han

de ser reconocidas por los órganos competentes del INSS, previo el dictamen-propuesta del EVI y los informes de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho.

En la primera situación, si la incapacidad permanente parcial declarada afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse, el empresario debe, una vez acreditada la disminución del rendimiento, ocupar al trabajador en «un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual». Si dicho puesto no existe, el empresario puede reducir el salario proporcionalmente a la disminución acreditada, sin que, en ningún caso, dicha reducción supere el 25 por 100 del salario, ni la retribución resultante sea inferior al SMI (art. 1.1 RD 1.451/1983). No obstante, algunos convenios respetan el salario del anterior puesto con excepción de los complementos vinculados al puesto de trabajo. Si el cambio puede realizarse, su duración es indeterminada, salvo que el trabajador recobre su total capacidad para su profesión habitual.

Con arreglo a la segunda situación, cuando el trabajador declarado en incapacidad permanente parcial, recobre su total capacidad para la profesión habitual, después de haber recibido prestaciones terapéuticas de recuperación profesional, tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viene ocupando es de categoría o grupo profesional inferior (recuérdese la supresión de la categoría profesional por la LEMURMEL). Esta movilidad funcional ascendente se debe producir siempre que no hayan transcurrido más de tres años en esta situación (es decir, en el desempeño de las funciones inferiores) y previa comunicación a la empresa y a los representantes de los trabajadores en el plazo de un mes a partir de la declaración de aptitud por el INSS (art. 1.2 RD 1.451/1983). La fijación del período de tres años para la reincorporación pretende que el trabajador no pierda su aptitud profesional en el ejercicio de dichas funciones. Si la reincorporación se produce a un puesto de trabajo con funciones equivalentes, la ley no exige los requisitos señalados, aunque es razonable mantener la previa comunicación teniendo en cuenta su finalidad de permitir la organización del trabajo por el empresario y el ejercicio de sus competencias por los representantes de los trabajadores.

2. Movilidad geográfica por reagrupamiento familiar

Esta clase de movilidad obedece a dos causas. Por un parte, a una causa inmediata, cual es el traslado con cambio de residencia de uno de los cónyuges, que genera el derecho del otro, si es trabajador de la misma empresa, al traslado a la misma localidad si hubiera puesto de trabajo (art. 40.3 ET). Algunos convenios colectivos recogen otras causas (por ejemplo, antigüedad en la categoría profesional, la situación escolar de los hijos, razones de salud…). No debe confundirse la causa del derecho a la movilidad geográfica con la causa del traslado, que comprende los distintos tipos del mismo legalmente admitidos (por causas empresariales, disciplinarias, pactadas…). Por otra, a una causa mediata vinculada a la estatutaria que acaba de señalarse y orientada a la protección de la familia, tanto matrimonial como no matrimonial (art. 39 CE). Debe entenderse incluido en el derecho al traslado a la pareja de hecho registrada, en razón del respeto al principio de igualdad y a la finalidad a la que responde el derecho.

El puesto de trabajo vacante en la localidad de destino puede suponer para el cónyuge o pareja de hecho el desempeño de las mismas o equivalentes funciones, o incluso de funciones inferiores siempre que preste su conformidad. El traslado del titular del derecho al reagrupamiento mediante la movilidad geográfica se ejerce a la misma localidad a la que se destina a su cónyuge o pareja, pudiendo, por tanto, comprender un puesto vacante en otro centro de trabajo distinto de la misma localidad.

Al tratarse de una movilidad en interés del trabajador, la ley no establece obligación empresarial alguna de abonar los gastos del traslado, lo que no impide el pacto sobre dicho abono.

3. Movilidad funcional y geográfica por violencia de género

La violencia de género acreditada de la que sea víctima la trabajadora obligándole a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde preste sus servicios, genera el derecho preferente a su favor a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente (recuérdese, en trance de extinción), que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo (art. 40.3 bis ET). El régimen jurídico de esta movilidad responde a las siguientes reglas.

A) Causa y acreditación del derecho a la movilidad

Radicando la causa del derecho a la movilidad en la situación de violencia de género, su ejercicio exige acreditar previamente dicha situación, de forma que no existe automaticidad entre la misma y aquel ejercicio. La norma establece una doble forma de acreditación. La forma común es la orden de protección a favor de la víctima, expedida por el órgano judicial competente. Como forma excepcional, y más sumaria, se prevé el informe del Ministerio Fiscal que «indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección» (art. 23 LVG). Si, en este segundo caso, la orden de protección no se dicta finalmente por no apreciar el órgano judicial tales indicios, la trabajadora no podrá continuar en el ejercicio de su derecho, incluso aunque dicha orden esté recurrida.

Debe precisarse a este respecto que, si bien la norma nada indica al respecto, dado que la titularidad del derecho corresponde a la mujer trabajadora víctima de la violencia de género, es ella quien debe formular la solicitud a tal efecto ante la empresa. En este sentido, el vocablo «abandonar» que se utiliza por la norma no tiene la significación técnica anudada a la renuncia no preavisada del puesto de trabajo, que opera como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.*d*) del ET *a contrario sensu*], sino que ha de entenderse en su sentido material de desvinculación de su puesto para ejercer el referido derecho, una vez acreditada su situación.

B) Contenido del derecho

a) Clases de movilidad sobre las que opera

La configuración legal del derecho permite ejercer una movilidad funcional ordinaria y una movilidad geográfica, incluyendo esta última tanto el desplazamiento como el traslado, a tenor de la duración del cambio. La movilidad funcional ordinaria existirá en todo caso, siendo eventual la concurrencia legal de la movilidad geográfica pues no siempre podrá calificarse la misma como desplazamiento o como traslado.

Fuera del derecho a la movilidad funcional queda la de carácter extraordinario, sin que se alcance a comprender la lógica de la tácita exclusión legal, dado que la apertura a esa clase de movilidad podría incrementar las posibilidades de cambio funcional para la trabajadora.

b) Preferencia en su ejercicio

El derecho a la movilidad atribuido a la trabajadora tiene carácter preferente, lo que supone reconocer su ejercicio prioritario respecto de los derechos de movilidad de otros trabajadores que no tengan esta calificación legal o de aquellos que, teniéndola, esté reconocida en convenio colectivo o en pacto individual. La eventual existencia de más de una situación acreditada de violencia de género en la misma localidad de prestación de servicios, requerirá aplicar las reglas que a este propósito se contemplen en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, el sometimiento al principio *prior in tempore potior in iure*.

El ejercicio del derecho está sometido a la existencia de puesto vacante como requisito material insoslayable. Nótese que el puesto vacante existente en la empresa puede estar ubicado «en cualquier otro de sus centros de trabajo», lo que implica que, en principio, puede radicar en la misma o en distinta loca-

lidad respecto de aquella en que la trabajadora preste sus servicios. A fin de posibilitar dicho ejercicio, «la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro», de donde se infiere que tal ejercicio puede quedar aplazado ante la falta de vacantes en el momento en que la trabajadora presente su solicitud. No obstante, la existencia mayoritaria en España de pequeñas y medianas empresas imposibilitará de todo punto el ejercicio del derecho. Ello puede forzar a la trabajadora a optar por el ejercicio de otros derechos fundados en igual causa de violencia de género pero, salvo excepciones, más onerosos para ella: derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional del salario, a otros modos de reordenación del tiempo de trabajo (art. 37.7 ET), a la suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1.*n*) ET] o a su extinción [art. 49.1.*m*) ET]. Con todo, y antes de utilizar alguna de estas otras posibilidades, cabe pactar en convenio colectivo o en el contrato de trabajo el derecho de la trabajadora a una movilidad funcional extraordinaria que, como se ha dicho, no aparece contemplado en el artículo 40.3 bis ET.

c) Duración

El derecho de movilidad reconocido a la trabajadora puede ser temporal o indefinido. Su duración no está necesariamente condicionada al hecho de que desaparezca la situación de violencia de género, como sería lógico suponer. En este sentido, el equilibrio de intereses en el contrato de trabajo se resuelve por la ley estableciendo dos períodos de duración.

En primer lugar, una duración inicial de seis meses respecto de la movilidad funcional y geográfica, si ambas concurren (la norma se refiere tan sólo, con evidente inexactitud, al «traslado» o al «cambio de centro de trabajo»), durante los cuales la empresa está obligada a reservar a la trabajadora su anterior puesto de trabajo.

En segundo lugar, y una vez concluido el citado período, la trabajadora tiene la facultad de optar entre regresar a su puesto anterior o continuar en el nuevo, decayendo la obligación de reserva si es esta última opción la elegida. La falta de correspondencia entre la duración del período de reserva del puesto de trabajo y la duración de la situación de violencia de género puede contribuir al menoscabo de la efectiva protección judicial de la trabajadora. El carácter restrictivo de esta solución normativa se evidencia considerando que la norma utiliza aquí un período de reserva del puesto de trabajo más corto que el establecido para algunas excedencias, en las que dicho período se extiende bien hasta la duración máxima de la excedencia (hasta tres años para el cuidado de hijos y hasta dos años para el cuidado de ciertos familiares: art. 46.3 ET), bien hasta que finalice la causa que motiva la excedencia [ejercicio de cargos electivos en ciertos niveles territoriales y sindicatos más representativos y funciones sindicales en sindicatos que carecen de esta condición: arts. 9.1.*b*) LOLS y 46.4 ET].

IV. MODIFICACIONES PACTADAS: EL ACUERDO NOVATORIO

Las modificaciones del contrato de trabajo pueden realizarse también, como ya se señaló, a través del propio contrato o mediante la negociación colectiva, aunque no sin ciertos límites.

1. Modificación contractual

En la medida en que el contenido de la prestación laboral ha sido pactado al inicio del contrato de trabajo (art. 22.5 ET), es posible que las partes puedan modificarlo posteriormente mediante acuerdo novatorio (art. 1.203.1.º CC). Esa genérica novación modificativa puede operar sobre cualesquiera condiciones de trabajo en un sentido meliorativo, habida cuenta de que algunos de los límites legales establecidos a la modificación del contrato de trabajo, en interés del empresario o del trabajador, están configurados como derecho necesario relativo. Por ejemplo, en el supuesto de movilidad funcional descendente no sustancial se puede acordar un tiempo máximo para el desempeño de las funciones inferiores.

Pero la modificación contractual puede tener también un contenido peyorativo siempre que la ley así lo establezca. Esta posibilidad se acoge expresamente para la movilidad funcional sustancial y deriva de la LRET. A este respecto, se establece que el cambio de funciones distintas a las pactadas, que no estén incluidas en la movilidad funcional no sustancial, requiere el acuerdo de las partes (art. 39.4 ET conforme a la LEMURMEL). Este cauce habilitaría para acordar, por ejemplo, el desempeño de funciones inferiores con carácter permanente.

Ahora bien, estos pactos modificatorios en el orden laboral están sujetos a determinados límites. Comunes a todos ellos, meliorativos o peyorativos, son los contemplados en la regulación general de los contratos, por lo que se exigen para dicho pactos los mismos requisitos de consentimiento, objeto y causa establecidos para éstos (art. 1.261 CC). Tales límites generales deben observarse con especial atención en el supuesto de movilidad funcional sustancial antes referido, en relación con el que, por ejemplo, seria inválido el pacto de desempeño de funciones inferiores sin contraprestación, pues el ordenamiento jurídico no admite los contratos sin causa. De igual modo, no cabe que tales pactos desconozcan los límites derivados de los derechos fundamentales (por ejemplo, pacto modificatorio que discrimina por razón de sexo).

Igualmente están sujetos ambos tipos de pactos modificatorios a ciertos límites concretos contemplados en el ordenamiento laboral (por ejemplo, la exigencia de causa específica para la modificación).

El principio de norma mínima impone un límite específico y necesario en los pactos modificatorios meliorativos, aunque no siempre operará con ese carácter en el referido supuesto de pacto funcional peyorativo porque en éste la amplia formulación legal posibilita que algunos de esos mínimos puedan obviarse. El anterior ejemplo de acuerdo para desempeñar de forma permanente funciones inferiores a las pactadas, aun mediando contraprestación, muestra la viabilidad legal de orillar el derecho a la promoción profesional del trabajador [art. 4.2.*b*) ET].

2. Modificación convencional

La negociación colectiva también puede desarrollar una función de mejora o de disfavor en relación con determinados aspectos del régimen legal de la modificación del contrato de trabajo.

En sentido meliorativo, puede, en efecto, mejorar el derecho necesario relativo en interés del trabajador. Por ejemplo, introduciendo las oportunas garantías de procedimiento y contenido que faciliten a los representantes de los trabajadores el ejercicio de las funciones de control y negociación en materia de traslados. Bajo el signo peyorativo, el convenio colectivo es llamado por la ley en el mismo supuesto de movilidad funcional sustancial en que el contrato de trabajo puede actuar, si bien el instrumento convencional se aplica aquí en defecto de acuerdo alcanzado en el contrato de trabajo (art. 39.4 ET).

En ambos sentidos de mejora o de disfavor, la negociación colectiva puede incidir mediante dos cauces. El primero es de carácter general y en su virtud el convenio colectivo puede facultar al empresario para que éste modifique, sustancialmente o no, las condiciones de trabajo (art. 85.1 ET). La facultad conferida ha de fundarse en causas vinculadas a la utilidad y a las necesidades de funcionamiento de la empresa (SSTS 4-11-1997 y 15-12-1998), sin que tampoco puedan rebasarse los límites que imponen los derechos fundamentales y el principio de irrenunciabilidad de derechos.

El segundo cauce posee un carácter específico, habilitando a la negociación colectiva en los denominados períodos de consulta que el empresario debe abrir cuando decida realizar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o traslados colectivos. Al tratarse de una actuación realmente negocial, el acuerdo que se alcance contendrá sin duda pactos que recojan aquellos dos sentidos respecto de la modificación en interés empresarial, si bien en ningún caso dichos pactos podrán desconocer las finalidades que la ley asigna al mencionado período en orden a paliar o reducir los efectos de aquella decisión y a atenuar sus consecuencias para los trabajadores, amén de someterse, asimismo, a los límites impuestos por los derechos fundamentales y el principio de irrenunciabilidad de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

I. Modificación del contrato de trabajo: caracterización

Baylos Grau, A., y Collado, L. (dirs.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994.
Camps Ruiz, L.: *Las modificaciones de las condiciones de trabajo*, Valencia, 1994.
Cruz Villalón, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 1983.
Sala Franco, T., y López Tarruella, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Bilbao, 1991.

II. Modificaciones en interés empresarial

Agis Dasilva, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Valencia, 1999.
Alemán Páez, F.: *La movilidad geográfica*, Madrid, 2001.
Baylos Grau, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010». *LAL* nº 7.488/2010.
Camps Ruiz, L. M.: *Régimen laboral de la transmisión de empresas*, Valencia, 1994.
De la Puebla Pinilla, A.: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos laborales*, Pamplona, 2005.
Fabregat Monfort, G.: *La movilidad funcional por razones objetivas*, Valencia, 2003.
García Murcia, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Valencia, 1996.
— «Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *RMTAS*, n.º 58/2005.
González Biedma, E.: *El cambio de la titularidad de la empresa en Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989.
Gutiérrez-Solar Calvo, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona, 2000.
Lorente Rivas, A.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, 2009.
Martínez Abascal,V. A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Pamplona, 1996.
— (coord.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, 1997.
Molero Marañón, M. L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, Madrid, 2007.
Molina Martín, A. A.: *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, Pamplona, 2010.
Monereo Pérez, J. L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1987.
Montoya Melgar, A.: *Poder del empresario y movilidad laboral, REDT*, n.º 38/1989.
Ortiz Lallana, M. C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, Madrid, 1994.
Rivero Lamas, J.: «La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994», *REDT*, n.º 67/1994.
Rodríguez Pastor, G.: *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Valencia, 2000.
Rodríguez-Piñero, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales», *RL*, n.os 11-12/2002.
Sabido Rodríguez, M.: *La protección del trabajador en las sucesiones internacionales de empresas*, Pamplona, 2009.
San Martín Mazzuconi, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Pamplona, 1999.
Sala Franco, T.: «Movilidad geográfica», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo 1, vol. 2, Madrid, 1994.
Serrano Olivares, R.: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, Madrid, 2000.
Valdés Dal-Ré, F.: «La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial», *RPS*, n.º 103/1974.
— *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, 2001.

III. Modificaciones en interés del trabajador

Baylos Grau, A.: «La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos en el Derecho del Trabajo», *DA*, n.os 210-211/1987.

López-Quiñones García, A.: «La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de la violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo», en Quesada Segura (dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de la violencia de género*, Granada, 2009.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Regulación legal y convencional de los ascensos», en AAVV: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.

Sánchez Trigueros, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Pamplona, 2002.

Vinuesa Aladro, A.: «Categorías profesionales y ascensos», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo V, Madrid, 1985.

IV. Modificaciones pactadas: el acuerdo novatorio

Cabrera Bazán, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla, 1963.

Cavas Martínez, F.: «Notas jurisprudenciales sobre la novación contractual en masa de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», en AAVV: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.

Cruz Villalón, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 1983.

Rivero Lamas, J.: *La novación del contrato de trabajo. Estudio jurídico de las modificaciones de la relación individual de trabajo*, Barcelona, 1963.

Valdeolivas Iglesias, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, Madrid, 1996.

CAPÍTULO 13:
ESTABILIDAD EN EL EMPLEO:
SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

I. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CARACTERIZACIÓN

1. Concepto

La suspensión del contrato de trabajo es una vicisitud por la que éste puede atravesar, produciendo el cese o paralización de la ejecución de su objeto en virtud de una causa legalmente establecida. De este concepto derivan los caracteres básicos que delimitan la figura.

A) Temporalidad

Como su propia denominación indica, la suspensión de la ejecución del objeto contractual (trabajar y remunerar el trabajo) comporta el carácter temporal de esta vicisitud, puesto que dicha ejecución queda diferida o aplazada. Este rasgo permite diferenciar la suspensión de otros acaecimientos que pueden producirse en el desarrollo del contrato de trabajo. Con la interrupción del contrato la diferencia básica estriba en que ésta sólo supone el cese temporal de la prestación de trabajo pero no de la prestación salarial, que se sigue percibiendo, ya se trate de interrupción periódica o no periódica. Con la extinción del contrato la diferencia es más clara, puesto que la misma implica el cese definitivo, hacia el futuro, de los efectos generados por la relación contractual. Por el contrario, en la suspensión el vínculo jurídico que une a las partes del contrato pervive (STS 7-5-1984) cualquiera que sea la causa que la genere.

El carácter temporal de las causas que activan la suspensión rige tanto para el contrato de trabajo indefinido como para el de duración determinada (STSJ Cataluña 10-3-2000), pues admitir diferencias a este respecto supondría incurrir en discriminación prohibida. De ello se sigue la ineficacia de la causa suspensiva cuando el contrato de duración determinada concluye su vigencia dentro del período en que el mismo se encuentra suspendido, salvo pacto en contrario (por ejemplo, privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria, pues dicho período de privación de libertad no suspende el transcurso del plazo de duración del contrato (STSJ Cataluña 8-2-1995).

B) Inexibilidad obligacional limitada

La suspensión del contrato no afecta al conjunto de obligaciones contraídas a su amparo, como inicialmente podría pensarse a la luz de la inexacta prescripción recogida en el artículo 45.1 ET («El contrato

de trabajo podrá suspenderse…»). Más limitadamente, el cese suspensivo atañe a la ejecución del objeto contractual, de modo que, según la posterior precisión legal, «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (art. 5.2 ET).

Del acotamiento legal de la suspensión de las obligaciones principales de las partes del contrato parece derivarse la conclusión de que las restantes obligaciones que del mismo derivan permanecen activas y exigibles. Esto es así para la mayor parte de ellas, tanto en relación con las vinculadas al principio de buena fe (por ejemplo, prohibición de concurrencia por parte del trabajador o la prohibición jurisprudencial de amortizar el puesto de trabajo sin acudir a los procedimientos establecidos por parte del empresario), como para aquellas otras obligaciones relacionadas de forma más indirecta con ese principio, entre otras la obligación empresarial de respetar el ejercicio por el trabajador de las funciones de representación colectiva cuando sean compatibles con la causa de suspensión (SSTS 9-10-1989 y 13-9-1990) o la obligación del trabajador de ajustar su conducta a la causa determinante de la misma.

No obstante, existen excepciones a esa regla general que eximen del cumplimiento de ciertas obligaciones del empresario porque el trabajador está imposibilitado para ejercer los correspondientes derechos. Unas derivan de la propia naturaleza de las causas suspensivas y afectan bien a todas ellas durante todo el tiempo de la suspensión (por ejemplo, ejercicio del derecho a la ocupación efectiva), bien sólo a algunas incompatibles con el ejercicio de ciertos derechos (por ejemplo, obligación empresarial de protección eficaz en materia de seguridad y salud en la privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria). Otras excepciones vienen impuestas por la ley. Es el caso del cese de la obligación de cotizar (por ejemplo, en la suspensión por huelga o cierre empresarial).

C) Causalidad

La concurrencia de una causa suspensiva es consustancial a esta figura. El establecimiento legal de una causa de esa naturaleza no significa que todas las posibles estén concretadas en la ley, sino que ésta debe determinarlas, bien directamente identificándolas de forma expresa, bien por vía indirecta facultando a las partes en el contrato o en el convenio para que ellas puedan especificar las recogidas en la ley o incorporar otras con las precisiones que estimen convenientes y dentro de los límites legales. Es en este sentido en el que debe entenderse la doctrina jurisprudencial cuando afirma la necesidad de que la producción del efecto suspensivo del contrato de trabajo «requiere siempre de causa que lo justifique» (STS 18-9-1989). Sin la concurrencia de dicha causa y de los requisitos establecidos para su aplicación no se produce la exoneración de la obligación empresarial de remunerar el trabajo (STS 20-6-1995).

2. Fundamento

Mediante el instituto de la suspensión la norma pretende, de modo principal, dotar de estabilidad al vínculo contractual, asegurando que el trabajador no perderá su empleo por el hecho de esta paralización transitoria del contrato. La aplicación de la mecánica suspensiva evita que haya de acudirse a las reglas ordinarias previstas para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas en el artículo 1.124 CC, en cuya virtud la parte perjudicada puede optar entre exigir el cumplimiento de lo pactado o resolver la obligación, con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Si esta regulación se trasladase al contrato de trabajo, el empresario perjudicado por la paralización del contrato o bien exigiría el cumplimiento de la prestación laboral, con lo que el trabajador se vería imposibilitado de proseguir en la situación suspensiva a fin de no perder el empleo, o bien resolvería la relación contractual si el trabajador no se reincorporase al trabajo, sea o no ello materialmente factible, debiendo arrostrar éste en los dos supuestos la consecuencia indemnizatoria señalada.

La continuidad del vínculo contractual también beneficia al empresario responsable, que no deseará extinguirlo cuando la suspensión afecte a trabajadores que desarrollan su prestación laboral a satisfacción

de aquél, tanto si la activación de la causa suspensiva depende de la voluntad de las partes del contrato, unilateral o conjuntamente manifestada, como si es independiente de ella.

3. Efectos generales

Junto a los efectos específicos de cada una de las causas suspensivas sobre el contrato de trabajo y la Seguridad Social, existen otros que tiene un alcance más general, aunque cuentan sin embargo con determinadas excepciones.

A) Automaticidad

La automaticidad de la suspensión significa que, una vez producido el supuesto de hecho integrante de la causa y comunicado al sujeto del contrato que lo desconozca, la relación contractual queda suspendida *ipso iure*, sin que haya de intervenir voluntad concesiva alguna del empresario o control previo de terceros. Dos precisiones deben hacerse, sin embargo sobre este efecto. Por un lado, que la regla general de la automaticidad se exceptúa cuando es el órgano administrativo o judicial competente quien acuerda la suspensión del contrato en el supuesto de declaración de incapacidad permanente con revisión por mejoría previsible y consiguiente reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo (SSTS 17-7-2001 y 31-1-2008). Por otro, que, en determinados supuestos, la comunicación del supuesto de hecho no podrá efectuarse con carácter previo, dada la inmediatez o la imprevisibilidad de su producción (por ejemplo, privación de libertad del trabajador o fuerza mayor temporal).

B) Reserva del puesto de trabajo

Como efecto principal y característico, la suspensión del contrato supone el derecho del trabajador a conservar el puesto de trabajo y el consiguiente deber empresarial de reservarlo (art. 48.1 ET), puesto que la relación contractual permanece vigente (STS 25-10-2005). Dicho deber no impide la contratación de otro trabajador para desempeñar las funciones del anterior, siempre que se trate de un contrato de duración determinada puesto que la relación laboral recobra todos sus efectos una vez que la causa suspensiva concluye, salvo que el contrato suspendido se extinga por causa válida (por ejemplo, por expiración del tiempo convenido si el contrato objeto de la suspensión es temporal: STS 12-2-1985). La cobertura transitoria de la ausencia derivada de la suspensión explica que la norma haya establecido una modalidad de contratación temporal estructural en el supuesto de que «se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo» [art.15.1.*c*) ET].

Consecuente con la mencionada reserva, el trabajador debe comunicar su reincorporación cuando finalice la causa suspensiva. La negativa empresarial a aceptarla constituye despido, recurrible a través de la modalidad procesal correspondiente y siempre que de la negativa se deduzca de forma inequívoca la voluntad extintiva rechazando la existencia de relación contractual entre las partes (SSTS 19-10-1994 y 21-12-2000). Si la conducta empresarial consiste en no contestar a la comunicación o en rechazarla pretextando falta de vacantes o circunstancias semejantes, el trabajador podrá ejercer la acción declarativa de existencia de vacante y consiguiente derecho de reingreso mediante el proceso laboral ordinario.

El deber de reserva no rige para la excedencia voluntaria (art. 48.1 en relación con el art. 46.2 ET), ya que, en la actualidad, la jurisprudencia no la califica de suspensión del contrato de trabajo, sino como una figura singular y distinta (SSTS 25-10-2000 y 24-6-2008). Sin embargo, en puridad de conceptos, dicha excedencia debe calificarse como causa de suspensión del contrato. Como sucede en las restantes causas, las obligaciones principales de las partes son inexigibles también para ésta, lo que explica que el vínculo jurídico se mantenga aunque debilitado por la inexistencia de dicho deber de reserva, conforme vino señalando una línea jurisprudencial (SSTS 23-7-1987, 6-10-1989 y 21-2-1992).

La inclusión del mencionado deber de reserva puede exceptuarse para la suspensión adoptada al inicio del contrato mediante pacto válidamente incorporado al mismo o con posterioridad actuando de mutuo acuerdo (art. 48.1 ET). Se trata de una excepción de dicho deber acordada en el marco de dichas causas de suspensión del contrato [art. 45.1.*a*) y *b*) ET] con carácter relativo, porque el eventual pacto no implica necesariamente la exclusión de aquel deber, de forma que es posible tanto acordarla como no hacerlo, pactando en este caso un específico régimen para el mismo (por ejemplo, período de duración y plazo de reincorporación).

C) Interrupción del período de prueba

Las causas de suspensión del contrato de trabajo pueden tener, a su vez, un efecto interruptivo del cómputo del período de prueba, como ya se estudio [Capítulo 5, III, 2, B)]. Salvo en el supuesto de ejercicio del derecho legal de huelga —que la jurisprudencia considera suficiente para interrumpir dicho período—, en las restantes causas suspensivas o bien se exige expresamente por la ley pacto expreso de las partes a fin de que aquel efecto interruptivo se produzca en relación con ciertas causas (incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento), o bien dicho pacto puede alcanzarse con la misma finalidad para las causas no mencionadas por el artículo 14.3 ET, pues la norma no lo prohíbe de forma específica.

D) Baja en la Seguridad Social y cese de la obligación de cotizar

Como regla general, la suspensión del contrato determina la baja del trabajador en la Seguridad Social y, en consecuencia, supone el cese de la obligación de cotizar. Sin embargo, se trata de una regla que cuenta con un buen número de excepciones. Unas derivan de la expresa prescripción de la norma en orden al mantenimiento de dicha obligación: incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y trabajos de carácter discontinuo (art. 106.2 y 4 LGSS). Otras proceden de la calificación de ciertas situaciones suspensivas como asimiladas al alta, entre ellas la excedencia forzosa (referida a la que aquí se califica como propia), la excedencia para el cuidado de hijos y familiares, la suspensión del contrato por servicio militar o la prestación social sustitutoria (arts. 125.2 y 180 LGSS y 36.1 RDIAAB), la suspensión del contrato por motivos disciplinarios a efectos del acceso a las prestaciones por maternidad (STS 30-5-2000), y por privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria, a efectos de las prestaciones de incapacidad permanente (STSJ/Navarra 27-2-1998) y la muerte y supervivencia (STS 12-11-1996).

En otras ocasiones, como sucede con la violencia de género que sufre la trabajadora, el período de suspensión del contrato se considera como período de cotización efectiva a efectos del reconocimiento de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo (art. 124.5 LGSS). Medida adicional específica de carácter protector de la trabajadora es la calificación como situación legal de desempleo de la suspensión del contrato por esta causa [art. 208.1.2) LGSS].

II. CAUSAS

1. Caracteres

A) Carácter enunciativo

Pese a que algún pronunciamiento judicial ha considerado que la relación de causas suspensivas contenida en el artículo 45.1 ET es cerrada o tasada (STS 25-10-2000), debe afirmarse, sin embargo, su carácter abierto o enunciativo. De un lado, porque el contrato de trabajo o el convenio colectivo pueden establecer causas distintas, dentro de ciertos límites (STS 23-9-1986 y SSTSJ Castilla-La Mancha 30-11-1992 y

24-10-1997). De otro, en razón de que la norma legal o la jurisprudencia admiten otros supuestos al margen de los enumerados en el citado precepto, como enseguida ha de verse.

B) Carácter mixto

De la dicción legal pudiera deducirse el carácter siempre potestativo que reviste la aplicación de dichas causas para las partes («el contrato de trabajo podrá suspenderse…»: art. 45.1 ET). No obstante, esto no es siempre así, de forma que, en ocasiones, es la voluntad de la ley la que se impone a las partes sin margen de opción para éstas (por ejemplo, el ejercicio de cargo público representativo o el ejercicio del derecho de huelga).

C) Carácter sobrevenido del supuesto de hecho

Con la excepción de la causa relativa al «Mutuo acuerdo de las partes» [art. 45.1.*a*) ET], las restantes causas obedecen al denominador común de «un acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo» (STS 25-10-2005). Como seguidamente se verá (*infra* II, 2), el carácter comúnmente sobrevenido del supuesto de hecho, activador de las causas suspensivas, no impide que la voluntad de ciertos sujetos o su ausencia constituyan factores principales en la producción de dichas causas.

2. Tipología y régimen jurídico

La tipología de las causas suspensivas puede trazarse en torno a un criterio que toma en consideración la voluntad o voluntades determinantes de los actos, hechos o situaciones que generan las causas suspensivas. La voluntad determinante puede ser la de las partes del contrato de trabajo, aislada o conjunta, o la de otros sujetos, entendiéndose por dicha voluntad aquella que es predominante o decisiva para que la causa pueda aplicarse. En todo caso, no debe confundirse este elemento volitivo con el instrumento formal de la comunicación a la correspondiente parte del contrato del hecho o situación que engendran la causa suspensiva, pues ambos aspectos no siempre confluyen en el mismo sujeto.

A) Voluntad del trabajador

a) Ejercicio del derecho de huelga

La participación del trabajador en huelga legal es causa suspensiva del contrato de trabajo (arts. 45.1.1 ET y 6.2 DLRT). En consecuencia, su participación en huelga ilegal o el incumplimiento contractual grave y culpable en que pueda incurrir durante el ejercicio del derecho de huelga legal, pueden desembocar en su despido disciplinario (art. 16 DLRT). La suspensión se prolonga durante el tiempo en que el trabajador ejerza el derecho, que no ha de coincidir de forma necesaria con la duración de la huelga, dado que su participación puede materializarse una vez iniciado el conflicto colectivo y desactivarse antes de que el mismo finalice. De forma específica, cuando se ejerce el derecho de huelga durante toda la jornada el trabajador queda en situación de alta especial en la Seguridad Social, cesando la obligación de cotizar tanto para él como para el empresario (arts. 125.6 y 106.5 LGSS). Si la huelga sólo afecta a una parte de su jornada, el trabajador se mantiene en situación de alta real con independencia del número de horas trabajadas, subsistiendo la obligación de cotizar por la retribución realmente percibida durante el tiempo trabajado. El régimen jurídico del derecho de huelga y sus conexiones con la suspensión del contrato se estudian en el lugar correspondiente (Capítulo 18, III, 4).

b) Violencia de género

Conforme a la dicción del artículo 45.1.*n*) ET (introducido por la LVG), el contrato de trabajo puede suspenderse «Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Tres precisiones de relieve reclama este precepto. Primero, que la decisión ciertamente corresponde a la trabajadora en una fase inicial, pero no es libérrima. Debe acreditar su situación de víctima de esa execrable violencia ante la empresa mediante orden judicial, o, en su caso, informe del Fiscal. Segundo, que la expresión «se vea obligada a abandonar», no implica que la trabajadora haya de explicitar o aportar motivación o justificación adicional de clase alguna respecto de su decisión, sino que ella misma ha de calibrar la necesidad de decidir la suspensión, máxime teniendo en cuenta que la ley le ofrece otras opciones para afrontar esta situación, ya sea para reducir su jornada o reordenar su tiempo de trabajo [Capítulo 10, I, 3, B)], ya sea para extinguir el contrato [Capítulo 14, I, C)]. Y tercero que, pese a la incorrección técnica del precepto, no se trata de un abandono del puesto de trabajo que opere como causa extintiva del contrato [art. 49.1.*d*) ET *a sensu contrario*], sino de una suspensión contractual que sólo a la trabajadora incumbe decidir y que, por tanto, en una primera fase, no requiere autorización o concesión alguna por parte del empresario o de terceros.

La suspensión tiene una duración inicial de seis meses, que puede prorrogarse por el juez por períodos de tres meses con un máximo de dieciocho cuando de las actuaciones de tutela judicial resulte que la efectividad del derecho de protección exige la continuidad de la suspensión (art. 48.6 ET). La decisión judicial de prórroga es por tanto imperativa para el empresario. El despido de la trabajadora fundado en el ejercicio de su derecho a la suspensión del contrato por esta causa se califica como nulo [art. 55.5.*b*) ET].

c) Permisos de formación o perfeccionamiento profesionales no retribuidos

Como ya se sabe, el trabajador ostenta el derecho a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo [art. 23.1.*c*) ET conforme a la LEMURMEL; Capítulo 10, III, 2, B)]. El establecimiento legal de este deber de reserva y la inexistencia de retribución, salvo que el convenio o el contrato la establezcan, permite incluir dichos permisos como causa de suspensión del contrato de trabajo. Esta causa suspensiva tiene origen en la voluntad del trabajador, que es aquí la preponderante, ya que si éste se ajusta a los términos del ejercicio del derecho pactados en la negociación colectiva, el permiso ha de ser concedido por el empresario (SSTSJ C. Valencia 27-6-2000 y Castilla y León/Burgos 23-2-2006).

B) Voluntad del empresario

a) Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias

El empleador puede ejercer su poder disciplinario decidiendo sancionar al trabajador mediante la suspensión de empleo y sueldo [art. 45.1.*h*) ET], binomio sancionador que, como ya se sabe, debe de aplicarse conjuntamente (art. 58.3 ET). Los convenios colectivos suelen tipificar y regular esta sanción, que se reserva comúnmente para las faltas graves o muy graves y cuya duración depende por tanto de la gravedad de aquella en que se haya incurrido. Sobre el cómputo de la antigüedad durante la suspensión nada dice la norma estatutaria, por lo que habrá que estar a lo que establezca el convenio colectivo. La regla general que considera al trabajador en situación de baja en la Seguridad Social se atempera por la jurisprudencia al admitir la asimilación al alta a efectos del acceso a la protección de incapacidad temporal y de maternidad (SSTS 30-5-2000 y 4-6-2002).

b) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Se atribuye al empresario la facultad de suspender el contrato de trabajo en virtud de las mencionadas causas, cuando el cese de la actividad laboral del trabajador afecte a días completos, continuados o alter-

nos, al menos durante una jornada ordinaria de trabajo (art. 47.1 LEMURMEL conforme a la LETAPMUES y art. 16.1 RDPRODESURE).

a') Clases de suspensión

Existe una implícita admisión de que pueden existir suspensiones totales o parciales, pues la facultad empresarial suspensiva por dichas causas se encauza mediante un procedimiento aplicable «cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión» (art. 47.1 ET conforme a la LEMURMEL y a la LETAPMUES). No obstante, esta distinción no repercute ni en el catálogo de causas, ni en el procedimiento, que es común para ambas, aunque sí tiene reflejo a efectos impugnatorios.

b') Tratamiento de las causas

De la anterior redacción del artículo 47 ET se ha suprimido ahora el explícito criterio relativo a la justificación de las causas, que el legislador juzga innecesario acaso por haberse eliminado también el control derivado de la anterior exigencia de autorización administrativa de la medida. No obstante, su aplicación parte del supuesto de la existencia de una situación de menor riesgo para la actividad empresarial, dado que la decisión suspensiva es, por su propia naturaleza, temporal. Ello se confirma por la obligación de acreditar la situación coyuntural en la documentación que justifique la medida suspensiva (art. 18.1 RDPRODESURE) y es asimismo coherente con la medida más drástica y definitiva del despido colectivo y del despido objetivo plural por estas causas [arts. 51 y 52.*c*) ET].

c') Procedimiento

a") Apertura, finalidad y contenido

El procedimiento se inicia por el empresario mediante comunicación escrita de la apertura del período de consultas, con un determinado contenido, dirigida a los representantes legales de los trabajadores, acompañando memoria explicativa de las causas suspensivas, así como la documentación que justifique su concurrencia. Simultánamente, el empresario hará llegar a la autoridad laboral copia de dicha comunicación y de la documentación justificativa, así como la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión negociadora.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos, con carácter previo al inicio del período de consultas, podrán atribuir su representación a una comisión representativa designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET (comisión directa o sindicalizada), cuyos miembros integrarán la parte social de la comisión negociadora. Se aplica, asimismo, lo dispuesto en este precepto sobre la constitución de la comisión representativa de los trabajadores (Capítulo 12, II, 2, D). La consulta ha de efectuarse en una única comisión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Los acuerdos que se adopten en el período de consultas requieren la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, a cuyo efecto se debe considerar el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de los integrantes de dicha comisión.

La finalidad genérica del período de consultas es lograr un acuerdo en la comisión negociadora, por lo que, al igual que sucede con la modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo, no se trata aquí tampoco de un trámite de audiencia o de una mera obligación de informar por parte del empresario, sino de una manifestación específica de la negociación colectiva.

En la anterior regulación reglamentaria (art. 23.1.º RDREM) el contenido u objeto del período de consultas (*rectius* negociación) debía versar «sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial». Con el vigente reglamento desaparece esta delimitación más precisa y garantista del contenido negociable objeto del período de consultas, que queda desplazada por una genérica referencia a «las medidas de suspensión de contratos» (art. 20.1 RDPRODESURE), desprovistas así de aquel objeto específico, lo que supone que la negociación no ha de versar ahora necesariamente sobre mismo. De este modo, la exigencia en la comunicación de apertura del período de que se especifiquen las causas que motivan la suspensión de contratos no parece que ahora pueda significar, desde el prisma legal, negociación sobre la existencia de las causas motivadoras, sino tan sólo respecto de las medidas propuestas por el empresario.

En todo caso, la comunicación de apertura del período de consultas debe incluir ciertos extremos (art. 17.1 RDPRODESURE), a fin de que esta fase negocial pueda desenvolverse con suficiente información y fundamento:

- La especificación de las causas que motivan la suspensión de los contratos.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por las medidas suspensivas.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- Concreción y detalle de las antedichas medidas.
- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas.
- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa sobre su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos de trabajo.
- Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de la misma en los plazos legales.

Como ya se ha apuntado, a la comunicación debe acompañarse una memoria explicativa de las causas suspensivas de la documentación justificativa «para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntutal de la actividad de la empresa» (art. 18.1 RDPRODESURE). La norma reglamentaria pormenoriza esa documentación cuando se trata de causas económicas (por ejemplo, cuentas anuales del último ejercicio completo o documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante un minimo de los dos trimestres anteriores al inicio del procedimiento: art. 18.2 RDPRODESURE). Menor grado de precisión tiene, sin embargo, la exigencia de información cuando ésta se refiere a causas técnicas, organizativas o de producción, en cuyo caso la norma se limita a requerir al empresario que, como ya se ha indicado, acompañe una memoria explicativa de dichas causas a fin de acreditar su concurrencia (art. 18.2 RDPRODESURE).

De modo simultáneo a la entrega de la referida comunicación a los representantes unitarios de los trabajadores, el empresario debe solicitar de éstos el informe previsto en el artículo 64.5.*a*) ET (art. 17.3 RDPRODESURE), a fin de que éstos puedan ejercer su derecho a evacuarlo con carácter previo a la ejecución de la decisión empresarial suspensiva.

b") Desarrollo

La autoridad laboral debe dar traslado de la comunicación empresarial, y de la documentación e información que ha de acompañarla, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la ITSS. Cuando la comunicación de inicio del procedimiento no reúna los requisitos exigidos, la autoridad laboral lo advertirá por escrito al empresario, remitiendo copia del mismo a los representantes de los trabajadores y a la ITSS. Igual advertencia formulará dicha autoridad en el caso de que la ITSS le traslade obligatoria-

mente, durante el período de consultas, su apreciación de que la citada comunicación carece de aquellos requisitos. Las advertencias de la autoridad laboral no comportan ni la paralización ni la suspensión del procedimiento, lo que es coherente con la supresión de la potestad autorizatoria de la decisión empresarial suspensiva por la LRET a fin de agilizar el procedimiento, sustituida por las actuales funciones de asistencia y recomendación atribuidas actualmente dicha autoridad (arts. 19.3 y 4 y 21.1 RDPRODESURE), lo que implica, claro está, una menor capacidad de fiscalización sobre el ajuste a Derecho de aquella decisión.

La documentación justificativa de la causa o causas invocadas ha de ser la estrictamente necesaria para acreditar su concurrencia, así como «que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa» (art. 18.1 RDPRODESURE).

c") Finalización

Una vez que concluya el período de consultas, el empresario debe comunicar su resultado a la autoridad laboral, acompañando copia íntegra del acuerdo que, en su caso, se haya alcanzado. Junto a ello, y en el plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, el empresario ha de comunicar asimismo a dicha autoridad y a los representantes de los trabajadores su decisión sobre la suspensión de los contratos de trabajo, actualizando, si hubiera algún cambio posterior, los extremos y datos que ha debido aportar con la comunicación de inicio del período de consultas (art. 20.6 RDPRODESURE). La autoridad laboral debe comunicar, a su vez, a la ITSS la finalización del período de consultas, el acuerdo que se hubiera alcanzado y la decisión suspensiva adoptada por el empresario. A la ITSS corresponde evacuar informe, en el improrrogable plazo de quince días, sobre los extremos y datos que el empresario ha debido aportar con la comunicación de la apertura del período de consultas y sobre el desarrollo de dicho período (art. 22 RDPRODESURE).

Tras haber realizado la comunicación sobre su decisión suspensiva y dado que, como se señaló, ya se no exige autorización administrativa en esta materia (suprimida por la LEMURMEL), el empresario queda facultado para notificar individualmente a los trabajadores afectados la aplicación de las medidas suspensivas, que surten efectos a partir de la fecha en la que haya comunicado la mencionada decisión a la autoridad laboral, salvo que en esa comunicación se determine una posterior (art. 23 RDPRODESURE). No obstante, esta prescripción reglamentaria, aun pudiendo considerarse más favorable para los trabajadores, va más allá de lo dispuesto en la ley, al determinarse en ésta que la decisión empresarial suspensiva surte efectos a partir de la fecha en que la autoridad laboral comunique dicha decisión a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, con igual salvedad de que en la referida decisión se señale una fecha posterior (art. 47.1 ET conforme a la LEMURMEL).

d') Efectos

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. También puede ser impugnado por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Contra la decisión suspensiva podrá reclamar asimismo el trabajador ante la jurisdicción social, que declarará la medida justificada o injustificada.

Cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 ET, se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

La decisión empresarial suspensiva no genera derecho a indemnización alguna para los trabajadores afectados (art. 16.4 RDPRODESURE), dado que la suspensión constituye situación legal de desempleo para éstos [art. 208.1.2) LGSS], siempre que reúnan los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones. Con la finalidad de favorecer la regulación temporal de empleo en lugar de la extinción de los contratos de trabajo, se reconoce a las empresas el derecho a una bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo, incluidas las suspensiones de contratos colectivas tramitadas de conformidad con la legislación concursal. La duración de la bonificación ha de coincidir con la que dure la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador. El reconocimiento de la bonificación exige que el empresario se comprometa a mantener en el empleo a los trabajadores afectados durante el mínimo de un año posterior a la finalización de la suspensión (art. 15 LEMURMEL).

c) Reducción de jornada

Ya se estudio en su momento que la jornada de trabajo puede reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior para la suspensión fundada en dichas causas [Capítulo 10, I, 3, B)]. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor. Los efectos generales de esta reducción de jornada son iguales a los señalados en el apartado *b*) anterior, salvo en lo que sea propio de dicha reducción, como sucede, por ejemplo, con la prohibición de que se realicen horas extraordinarias durante el período de reducción, excepto las que puedan derivar de fuerza mayor (art. 47.2 LEMURMEL).

Bajo la finalidad de que los trabajadores afectados no vean reducidas sus posibilidades de mantener el empleo debido a las suspensiones de contratos y a las reducciones de jornada en virtud de las referidas causas, la norma establece el mandato de promover, durante el período de dichas suspensiones, «el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad» (arts. 47.4 ET y 16.5 RDPRODESURE). Aquella loable finalidad queda, sin embargo, devaluada ante la indeterminación de los sujetos obligados por el mandato y del procedimiento y plazos necesarios para articular aquellas acciones.

d) Cierre legal de la empresa

En cuanto medida de conflicto colectivo de trabajo, el cierre patronal lícito, esto es el de carácter defensivo, produce la suspensión de los contratos de trabajo [art. 45.1.*m*) ET], lo que puede afectar a todos o sólo a algunos trabajadores de la empresa o centro de trabajo en función del ámbito, total o parcial, al que el cierre se extienda. El empresario está facultado por la ley para decidir por sí mismo el cierre, si bien debe comunicarlo en un plazo muy breve a la autoridad laboral (art. 13.1 DLRT). En el plano de la relación contractual de trabajo ningún efecto distinto de la exoneración de las prestaciones principales de las partes puede derivarse para el trabajador. Del mismo modo que en el ejercicio del derecho de huelga, el cierre legal comporta que el trabajador afectado quede en situación de alta especial en la Seguridad Social, cesando la obligación de cotizar para ambos sujetos del contrato (arts. 125.6 y 106.5 LGSS). En coherencia con lo dicho, la ilegalidad del cierre patronal no habilita al empresario para suspender los contratos de trabajo y, en consecuencia, deben abonarse a los trabajadores que no hayan podido prestar sus servicios a causa del cierre los salarios devengados durante el período en que el mismo se haya desarrollado (art. 15 DLRT), con mantenimiento, para ese mismo tramo temporal, de alta y cotización en la Seguridad Social. Los restantes aspectos del cierre vinculados a la suspensión del contrato de trabajo, se examinan conjuntamente con el régimen jurídico de esta medida conflictual en el lugar correspondiente (Capítulo 18, IV, 4).

C) *Voluntad de las partes*

a) En el contrato de trabajo

Haciendo uso de su libertad contractual, las partes pueden acordar la suspensión del contrato de trabajo por distintas causas que o bien no estén contempladas en la ley o en el convenio (por ejemplo, suspensión por cursar estudios) o bien se regulen en dichos instrumentos pero sean objeto de modulación o especificación por aquéllas respecto del régimen jurídico o los efectos de la suspensión (por ejemplo, determinar la duración de la causa o el cómputo a efectos de antigüedad del tiempo de suspensión). Dichas causas operan merced a la voluntad conjunta de las partes, que puede manifestarse en el momento de celebración del contrato a fin de que produzca efectos con posterioridad, supuesto que la norma identifica como *causas consignadas válidamente en el contrato* [art. 45.1.*b*)] o durante el desarrollo de la relación contractual, en cuyo caso la denominación legal responde a la de *mutuo acuerdo* [art. 45.1.*a*) ET].

Aunque la validez de las causas pactadas sólo se exija expresamente en el primer caso, no ofrece duda de que opera en los dos, por lo que el pacto que se alcance no puede suponer fraude, abuso de derecho o renuncia del trabajador a sus derechos. Con dudoso ajuste a Derecho, se ha admitido la validez de la cláusula suspensiva pactada entre un casino y sus *croupiers* en los supuestos de condena del trabajador mientras no exista sentencia firme (STS 15-7-1986), pues ello supone establecer en perjuicio del mismo una condición menos favorable que la establecida legalmente al respecto [art. 3.1.*c*) ET], en cuya virtud se prevé la suspensión contractual en el caso de privación de libertad del trabajador, pero mientras no exista sentencia condenatoria [art. 45.1 ET], aunque la jurisprudencia entiende que la sentencia ha de ser firme.

Ya se señaló que, como excepción, en estas dos causas el deber de reserva no opera por mandato legal, remitiendo la ley a lo pactado sobre este extremo (art. 48.1 ET). De aquí que sean las partes quienes puedan excluirlo o modalizarlo, sin que la exclusión del mismo sea incompatible con el efecto suspensivo anudado por la ley a estas causas [*supra* I, 3, B)]. En defecto de pacto excluyente o modalizador, debe presumirse la reserva por ser éste efecto general de las causas suspensivas.

a') Causas consignadas válidamente en el contrato

Aunque la norma no exija la constancia escrita de las cláusulas suspensivas en el contrato, no es dudoso que deben figurar en el mismo bajo esa forma, porque, en una de sus acepciones admitidas, «consignar» equivale a realizar apunte por escrito. La prescripción beneficia singularmente al trabajador en el terreno probatorio, pues son escasos los supuestos en que la norma exige específicamente esa constancia.

Tal sucede con los períodos de inactividad de los trabajadores FDNP (art. 15.8 ET), que deben considerarse técnicamente como causa de suspensión del contrato válidamente consignada en el mismo en su inicio, puesto que durante aquellos períodos las partes están exoneradas de cumplir las prestaciones laboral y salarial y la determinación de dichos períodos es inherente al contrato que contempla este tipo de actividad, siquiera sea de forma aproximada. Nótese que, en esta modalidad contractual, el deber de reserva no recibe tal denominación pero está implícitamente presupuesto en el deber de llamamiento fijado por la ley como garantía de continuidad de la relación de trabajo indefinida. A diferencia de este supuesto, no pueden considerarse causa de suspensión del contrato los períodos de inactividad de los trabajadores FDP, al estar encuadrada formalmente su relación laboral dentro del CTTP y, por tanto, considerarse como un caso de reducción del tiempo de trabajo. Ya hubo ocasión de señalar el error que supone tal entendimiento, al confundirse la duración de la jornada con la duración del contrato [Capítulo 6, I, 3, B)].

La promoción del trabajador con relación laboral común a alto cargo dentro de la misma empresa o grupo puede generar, asimismo, una causa de suspensión del contrato expresamente recogida en la norma. Este ascenso requiere la formalización de un nuevo contrato en el que ha de especificarse si la nueva relación especial de alto cargo sustituye a la común anterior o si ésta se suspende, entendiéndose que la relación laboral común queda suspendida si el contrato nada especifica al respecto (art. 9.2 DAD). Si rige

la causa suspensiva y la relación especial se extingue, el trabador puede optar por reanudar la relación laboral común de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponderle por dicha extinción, aunque ha de tenerse en cuenta que dicha opción se excluye en el supuesto de que el contrato de alta dirección se haya extinguido por despido disciplinario procedente (art. 9.3 DAD).

b') Mutuo acuerdo

En este caso, basta con que la voluntad concorde de las partes sea expresa, ya que de la norma no se infiere que la misma haya de plasmarse por escrito. El principio de libertad de forma, que rige en el contrato de trabajo aunque cuente con numerosas excepciones, no alcanza sin embargo a justificar la asimetría reguladora de este supuesto en relación con el anterior.

El contenido regulador de aquella voluntad sobre las causas suspensivas tiene aquí marcada amplitud, pudiendo extenderse a supuestos tales como la movilidad para prestar servicios a otra empresa del grupo (STS 18-7-1991), a otra empresa que tiene relación contractual con la que emplea al trabajador (STS/Cataluña 11-1-1999) o el mantenimiento del alta y cotización a la Seguridad Social del trabajador cuando la causa no lo exija. Por el contrario, el acuerdo de prejubilación no es causa suspensiva del contrato sino extintiva de la relación (SSTS 14-12-2001 y 1-6-2004).

b) En el convenio colectivo

De forma expresa, la ley abre la posibilidad de que la situación de excedencia puede extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, debiendo sujetarse su régimen y efectos a lo previsto en la negociación colectiva (art. 46.6 ET). La alusión de la norma a «otros supuestos» debe entenderse referida a dos clases de supuestos. De un lado, a las modalidades de excedencia distintas de las reguladas en el artículo 46 ET, en concreto la designación o elección para cargo público, la excedencia por cuidado de hijos y ciertos familiares y por ejercicio de determinadas funciones sindicales (por ejemplo, puede pactarse en convenio colectivo como causa suspensiva del contrato la suspensión total o parcial de la actividad de la empresa usuaria que impida la prestación de los trabajadores puestos a disposición de la misma: STSJ/Castilla-La Mancha 24-10-1997). De otro, a los supuestos de excedencia no regulados o regulados de forma insuficiente en dicho precepto, entre los que se encuentra la excedencia voluntaria por interés particular (STS 18-9-2002), que, efectivamente, cuenta con una regulación somera en la ley (por ejemplo, en convenio colectivo se puede reconocer el derecho de reserva no contemplado por la ley para esta excedencia).

Con todo, debe señalarse que incluso en los supuestos distintos a la excedencia voluntaria objeto de regulación más detallada en el artículo 46 ET, antes indicados, cabe una regulación de desarrollo o mejora por el convenio colectivo, teniendo en cuenta la amplia habilitación negocial de que éste dispone y que incluye el contenido de la relación individual de trabajo, con respeto, claro está, a los mínimos de Derecho necesario (arts. 85.1 y 3.3 ET). Tal sería el caso por vía de ejemplo, de los permisos o licencias sin sueldo, que configuran supuestos de suspensión del objeto del contrato.

En el ámbito de la Administración Pública, el personal laboral puede acogerse a los supuestos de excedencia previstos para los funcionarios de carrera, si el convenio colectivo que les sea aplicable así lo establece y en la medida en que dichos supuestos sean compatibles con lo dispuesto en el ET (art. 92 en relación con el 89 EBEP).

D) Voluntad de terceros

a) Incapacidad temporal

Como causa de suspensión del contrato, la incapacidad temporal de los trabajadores [art. 45.1.*c*) ET] deriva de la situación contemplada por la acción protectora contributiva del sistema de la Seguridad Social y en cuya virtud el trabajador se encuentra impedido para la prestación de sus servicios laborales como consecuencia de una enfermedad o accidente, de carácter común o profesional, durante un tiempo máximo de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede ser dado de alta médica por curación. Cuando la incapacidad obedezca a los «períodos de observación por enfermedad profesional» con prescripción de baja durante los mismos, la duración máxima de la situación es de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. El trabajador tiene derecho a la percepción de un subsidio a partir del cuarto día de incapacidad temporal hasta su finalización (arts. 128 y 129 LGSS y art. 13 D. 1.646/1972).

La duración de la suspensión del contrato se extiende al tiempo máximo, incluida las prórrogas, en que el trabajador permanezca en dicha situación incapacitante. Aunque es el trabajador quien debe comunicar a la empresa su situación de incapacidad temporal, el reconocimiento de la misma y de sus prorrogas es competencia del INSS (art. 128.1 LGSS y art. 1 RD 1.430/2009, de 11 de sep-tiembre). El alta médica por recuperación de la capacidad para el trabajo comporta el fin de la suspensión del contrato de trabajo y el derecho y deber del trabajador de reincorporarse a su puesto; deber que se mantiene aunque el trabajador impugne la resolución administrativa del INSS declarando el alta (SSTS 22-10-1991 y 7-10-2004).

Por otra parte, cuando se extinga la incapacidad temporal debido a una declaración de incapacidad permanente en los grados de total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez y, a juicio del órgano calificador, dicha incapacidad vaya a ser previsiblemente revisada por mejoría, de manera que permita la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar de la fecha de la resolución en la que se declare la incapacidad permanente (art. 48.2 ET).

b) Maternidad biológica

a') Delimitación y duración

La maternidad vinculada al parto legalmente viable (considerándose así cuando el feto haya permanecido al menos ciento ochenta días en el seno materno) constituye causa de suspensión del contrato de trabajo [arts. 45.1.*d*) y 48.4 ET], que deriva de la situación protegida por la Seguridad Social, que, ya sea en su modalidad contributiva, ya en la no contributiva (arts. 133 bis ss. LGSS y RD 295/2009), genera el reconocimiento de los subsidios sustitutivos del salario. Aunque la decisión de procrear es autónoma, la situación de embarazo debe acreditarse mediante el correspondiente certificado médico correspondiente, de modo que es éste el determinante de la suspensión del contrato y no la voluntad de la madre o del otro progenitor.

La causa suspensiva tiene una duración inicial de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en distintos supuestos: parto múltiple (dos semanas más por cada hijo a partir del segundo), discapacidad del hijo (dos semanas adicionales) y parto prematuro u hospitalización del neonato por más de siete días (tantos días como permanezca hospitalizado y hasta un máximo de trece semanas, siempre que la hospitalización, aunque no sea inmediata, tenga lugar en los treinta días siguientes al parto).

El período ininterrumpido de suspensión se distribuye a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Esta salvedad rige también en los casos de parto prematuro u hospitalización (en los que el período de suspensión puede computarse, a instancia de la madre

o, en su defecto, del otro progenitor, desde la fecha del alta hospitalaria) y de disfrute del período de suspensión en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo con el empresario. El fallecimiento del hijo no implica que el período de suspensión haya de reducirse, excepto que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicite la reincorporación a su puesto de trabajo.

b') Titularidad

La titularidad del derecho a suspender el contrato se atribuye a la madre trabajadora, si bien existe la posibilidad de que ésta pueda compartirla con el otro progenitor en determinados supuestos:

- El supuesto más común reconoce a la madre, al iniciarse el período de descanso, la opción de que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida de dicho período posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva con el suyo, incluso cuando en la fecha prevista para su reincorporación al trabajo la madre se encuentre en incapacidad temporal.
- En el supuesto específico de que la madre fallezca, y al margen de que realizara o no algún trabajo, el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad del período o de la parte que reste, sin que deba descontarse del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar antes del parto.
- El supuesto, también específico, de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de Seguridad Social por maternidad, reconociéndose al otro progenitor el derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, suspensión compatible con la derivada de la paternidad. De este modo, la nueva redacción del artículo 48.4 ET solventa la situación anterior que exigía la condición de trabajador asalariado en ambos progenitores para acceder a la suspensión del contrato.

Respecto de relevantes cuestiones que conciernen al reconocimiento y la titularidad de la maternidad biológica, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado (SSTJUE de 18-3-2014, dos) bajo criterio distinto al que ha venido adoptándose en relación con algunas de dichas cuestiones por la doctrina judicial interna mayoriaria (entre otras, SSTSJ/Asturias de 20-9-2012, Cataluña 23-11-2012 y País Vasco de 13-5-2014). Tal jurisprudencia ha resuelto sobre la interpretación que debe darse a ciertas Directivas en aquellas cuestiones:

- A la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, «en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente».
- Al artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en relación con el artículo 2. 1,a) y b), y 2, c) de la misma, «en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo».
- A la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, «en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución».

c') Vacaciones y maternidad

Recuérdese, por último, que en el caso de coincidencia temporal del período de vacaciones legalmente fijado con una incapacidad temporal, derivada del embarazo, el parto, la lactancia natural o con el período de suspensión por maternidad, se mantiene el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan [Capítulo 10, III, 2, A)].

c) Paternidad

Fruto de la progresiva conciencia sobre la necesidad de promover la igualdad real entre hombres y mujeres y del acervo comunitario que viene ocupándose de esta materia, la paternidad aparece recogida en nuestro ordenamiento laboral como causa de suspensión del contrato de trabajo [arts. 45.1.*d*) y 48 bis ET], al tiempo que se contempla como situación protegida por la Seguridad Social mediante el correspondiente subsidio sustitutivo de la renta salarial. Dicha suspensión se reconoce al trabajador por el nacimiento de hijo, adopción y acogimiento y por un período de trece dias ininterrumpidos, previa acreditación médica del alumbramiento, ampliándose esa duración cuando se trate de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. El período suspensivo se amplía a veinte días ininterrumpidos, cuando el nacimiento, adopción o acogimiento bien genere la condición legal de familia numerosa, bien en la familia haya una persona con discapacidad (Disp. Adic. sexta LPGE-2009). Es ésta una suspensión independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad, biológica o no, regulados en el artículo 48.4 ET, siendo por otra parte compatible con el permiso de dos días por nacimiento de hijo (o cuatro si existe necesidad de desplazarse) que establece el artículo 37.3, b) ET a favor del trabajador, con independencia de su género.

En ambos supuestos, el período de suspensión fue ampliado a cuatro semanas ininterrumpidas mediante la Ley 9/2009, de 6 de octubre (Disp. Final 2ª), pero la vigencia de esta ampliación ha sido objeto de sucesivos aplazamientos, fijándose el último de ellos el 1 de enero de 2016 como fecha de entrada en vigor de dicha Ley (Disp. Final décima LPGE-2015).

Tratándose de parto, la titularidad del derecho a la suspensión corresponde en exclusiva «al otro progenitor», forma genérica de denominar al hombre o mujer vinculado por matrimonio o relación de hecho registrada con la mujer que da a luz. El ejercicio del derecho comprende desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo [Capítulo 10, III, 2, B)] hasta que concluya el período de suspensión por maternidad o inmediatamente después de que éste finalice. Puede disfrutarse en régimen de jornada a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre que, en este último caso, se trabaje el 50 por 100 de la jornada y exista previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. Es obligado que el trabajador comunique al empresario, con la debida antelación, el ejercicio del derecho en los términos que puedan establecerse en los convenios colectivos.

d) Adopción y acogimiento

En el ámbito de la maternidad o paternidad no biológicas, constituye causa de suspensión del contrato la adopción o el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que su duración no sea inferior a un año aunque tengan carácter provisional, de menores de seis años o de menores de edad pero mayores de seis años discapacitados o con especiales dificultades de inserción personal y familiar acreditadas por los servicios sociales que corresponda [arts. 45.1.*d*) y 48 y 48 bis ET]. En paralelo a su tratamiento como causa suspensiva, la adopción y el acogimiento familiar configuran situaciones protegidas por la Seguridad Social a través de los correspondientes subsidios sustitutivos de la renta salarial (arts. 133 bis y 133 octies LGSS).

La duración del período suspensivo es de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas por cada menor a partir del segundo en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples o en el caso de que el menor adoptado o acogido esté en situación de discapacidad. Si ambos progenitores trabajan, el período adicional se distribuye a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites temporales señalados para dicho período.

El período de suspensión produce efectos, a elección del trabajador, ya sea a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, ya sea a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, con exclusión de la posibilidad de que un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos suspensivos. Cuando se trate de una adopción internacional que exija el previo desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, el cómputo de dicho período puede iniciarse cuatro semanas antes de la resolución en cuya virtud se constituye la adopción. El ejercicio del derecho se ciñe al período comprendido desde las referidas resoluciones o decisiones hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de que ésta finalice.

La titularidad del derecho a suspender el contrato la ostentan aquí ambos progenitores, no siendo tampoco preciso que los dos trabajen como asalariados para acceder a la suspensión. Pero si ambos trabajan, el período suspensivo se puede distribuir, conforme a la opción que ellos elijan, de forma simultánea o sucesiva, siempre por períodos ininterrumpidos y sin que la suma de los disfrutados por ambos pueda superar el límite de las dieciséis semanas. Al igual que en el supuesto de maternidad y paternidad biológicas, la suspensión por adopción o acogimiento puede disfrutarse en régimen de jornada completa o reducida, si bien en esta última la jornada ha de ser de un mínimo del 50 por 100 de la completa, tal como se establece para la suspensión por paternidad, y previo acuerdo entre el empresario y el trabajador.

e) Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural

Causa suspensiva del contrato que afecta únicamente a la mujer trabajadora es la que surge del riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses [art. 45.1.*d*) ET]. Como se estudió en su momento [Capítulo 12, III, 1, B)], esta causa se activa al constatarse la existencia de un riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia natural, a raíz de la evaluación específica de riesgos laborales de la trabajadora por los órganos competentes, que el empresario está obligado a realizar (art. 26.1 y 2 LPR). En tal caso, si el cambio de puesto de trabajo a otro grupo profesional (movilidad funcional extraordinaria) no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo» (art. 26.3 LPRL).

También se advirtió en su lugar que, si bien el artículo 26.3 LPLR establece la declaración de suspensión del contrato de la trabajadora como una facultad del empresario, resulta indudable que se trata de una obligación para éste, pues el derecho a la protección eficaz de la salud y seguridad de la trabajadora (art. 14 LPRL) no puede quedar subordinado al eventual ejercicio de dicha facultad empresarial. De este modo, ese derecho a la protección eficaz de la salud y seguridad de la trabajadora, se refuerza instrumentalmente con el derecho a suspender su contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural cuando las mencionadas circunstancias hagan inviable o inexigible el cambio de puesto de trabajo [Capítulo 12, III, 1, B)]. Tal suspensión supone la percepción por la trabajadora del correspondiente subsidio de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo (arts. 134 y 135 LGSS) o la lactancia natural (arts. 135 bis y 135 ter LGSS).

No obstante, el criterio de la trabajadora sobre la suspensión puede diverger del que adopte el empresario. Si la trabajadora entiende que no procede la suspensión del contrato pese a que el empresario la aplique, podrá reclamar ante la jurisdicción social la reanudación de su prestación laboral. Si, por el contrario, considera que el contrato debe suspenderse y el empresario discrepa, podrá acudir a esa vía judicial

a fin de que se declare la existencia del riesgo y la suspensión el contrato. En este segundo caso, podría estar justificado que la trabajadora interrumpiese su actividad laboral y abandonase el lugar de trabajo «cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud» (art. 21.2 LPRL).

La suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora abarcará «el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado» (art. 26.3 LPRL). Por tanto, el período suspensivo puede durar todo el período del embarazo o lactancia natural o tener una duración inferior. En este sentido, de un modo más preciso, el ET establece que la suspensión del contrato por esta causa finalizará bien «el día en que se inicie la suspensión de contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses», bien en ambos casos, con anterioridad a esos momentos, cuando «desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado» (art. 48.5 ET).

De esta regla estatutaria derivan dos precisiones. La primera de ellas permite señalar que el riesgo en el puesto de trabajo puede ser originario o sobrevenido, produciéndose así en cualquier momento de la prestación laboral en tanto la trabajadora se halle embarazada o lleve a cabo la lactancia natural.

La segunda precisión se refiere al hecho de que la referida imposibilidad de reincorporación no es definitiva, pudiendo desaparecer en un momento determinado del período de suspensión, debiendo en este caso la trabajadora reincorporarse bien a su puesto, bien a otro compatible con su estado. De ello derivan, a su vez, dos consideraciones. En primer lugar, que la trabajadora no puede negarse a la reincorporación, a no ser que se encuentre en un momento del embarazo que le permita suspender su contrato por maternidad biológica, teniendo en cuenta que, como ya se ha estudiado, el período ininterrumpido de suspensión se distribuye a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En segundo término, que la reincorporación puede efectuarse a otro puesto de trabajo compatible con su estado, lo que implica facultar al empresario para que module el derecho de reserva al mismo puesto de trabajo que, como regla general, se establece para la suspensión del contrato (art. 48.1 ET) y pueda utilizar la movilidad funcional en el momento de la reincorporación. Movilidad que aquí podrá ser ordinaria o extraordinaria, dada la indeterminación del artículo 26.3 LPRL a este respecto.

f) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria

Como causa suspensiva del contrato con fundamento en el artículo 30 CE, el cumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria [art. 45.1.*e*) ET] tiene hoy un reducido ámbito de aplicación subjetivo. Estos deberes públicos dejaron de exigirse con carácter general a los españoles al suspenderse a partir del 31 de diciembre de 2001 las prestaciones que tales deberes comportan (Disp. Adic. 13.ª Ley 17/1999 y RD 247/2001, de 9 de marzo y RD 342/2001, de 4 de abril). No obstante, esas prestaciones son todavía exigibles, con la consiguiente suspensión del contrato de trabajo, en dos supuestos. De un lado, el de los extranjeros (comunitarios o extracomunitarios) que, conforme a su legislación nacional, estén sujetos al cumplimiento de los mencionados deberes. De otro, la activación de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas (condición sólo atribuida a los españoles) se considera, previo acuerdo con la empresa, causa de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad [art. 134.1.*b*) Ley 39/2007, de 19 de noviembre].

En todo caso, el trabajador debe reincorporarse a la empresa en el plazo máximo de treinta días naturales a partir del cese en el servicio (art. 48.3 ET).

g) Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria

Con fundamento en el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el contrato de trabajo se suspende a causa de la privación de libertad del trabajador en tanto no exista sentencia condenatoria [art. 45.1.*g*) ET]. La suspensión por esta causa pretende salvaguardar el empleo del traba-

jador hasta que no se desvirtúe su presunción de inocencia mediante sentencia de condena. De ahí que su privación de libertad, mientras no se dicte dicha resolución, no pueda comportar, por sí sola, sanción disciplinaria alguna por faltas al trabajo, incluido el despido disciplinario (SSTS 28-2-1990 y 9-3-2004), salvo que aquella privación esté conectada con faltas laborales (por ejemplo, acoso sexual a un compañero de trabajo: art. 184 CP). La suspensión contractual no es automática, requiriendo comunicación del trabajador al empresario sin que se exija formalidad específica.

La suspensión finaliza cuando existe sentencia absolutoria o condenatoria, que, en todo caso, ha de ser firme (SSTS 28-2-1990 y 9-3-1994). En el primer caso, el trabajador debe reincorporarse al trabajo de forma inmediata, ya que el retraso injustificado puede considerarse como abandono (STS 16-5-1988). Si la sentencia firme es de condena y la privación de libertad forma parte de ella, se considera que las faltas al trabajo dejan de tener la cobertura legal de la causa suspensiva y pueden constituir causa justa de despido conforme al artículo 54.2.*a*) ET. De conformidad con este precepto, las faltas al trabajo derivadas de dicha condena se consideran injustificadas. Sin embargo, la inasistencia al trabajo está justificada precisamente porque aquella resolución judicial hace inviable la asistencia. De aquí que la extinción del contrato de trabajo, si no ha existido falta laboral, tendría más adecuado encaje conceptual en la figura del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, cuando alcancen los porcentajes establecidos en el artículo 52.*d*) ET; porcentajes que normalmente se alcanzarán con facilidad computando el período previo de suspensión del contrato. Al no existir falta laboral alguna, el trabajador tendría derecho a la indemnización señalada para esa clase de despido [Capítulo 14, III, 2, A) y 4].

h) Fuerza mayor temporal

El contrato de trabajo puede suspenderse por causa derivada de fuerza mayor temporal [art. 45.1.*i*) ET] con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET para el despido por esta causa, es decir, por fuerza mayor definitiva, y en la norma reglamentaria de desarrollo (RDPRODESURE), de forma que su estudio queda remitido al lugar correspondiente (Capítulo 14, V, 4). Tan sólo debe precisarse aquí, de un lado, que la aplicación de esta causa suspensiva exige, al igual que en la fuerza mayor extintiva, la constatación de la fuerza mayor temporal por la autoridad laboral, por lo que ésta tampoco opera automáticamente, y, de otro, que los trabajadores pueden acceder asimismo a la prestación por desempleo durante el período de suspensión [art. 208.1.2) LGSS].

i) Concurso de acreedores

A diferencia de la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya existencia no requiere autorización administrativa, la suspensión del contrato derivada del empresario concursado exige observar el procedimiento prescrito ante el juez mercantil (arts. 57, bis ET y 64.1 ET), quien, una vez, cumplimentado, ha de adoptar la pertinente resolución conforme a la legislación laboral (art. 64.7 LC). Las reglas que regulan este supuesto están contenidas en el artículo 64 LC (conforme a su modificación por la LETAPMUES), aplicándose supletoriamente la legislación laboral en aquello que el mismo no prevea, especialmente en lo relativo al mantenimiento por los representantes de los trabajadores durante el procedimiento concursal de todas las competencias que tal legislación les atribuye (art. 64.11 LC). Para el estudio de las reglas esenciales del procedimiento y los efectos derivados de la resolución judicial, es necesario remitirse a la regulación ya examinada a este respecto sobre las modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, con la pertinente acomodación de la misma a la vicisitud suspensiva de los contratos de trabajo por las citadas causas [Capítulo 12, II, 2, D)].

3. Exclusiones

El artículo 47 ET que, como se ha estudiado, contempla la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, no se aplica a las Administraciones Públicas y a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado (Disp. Adic. vigésima primera ET añadida por la LEMURMEL).

La doctrina constitucional (STC 8/2015) ha declarado que esta exclusión no vulnera el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 CE, al no existir un elemento válido de comparación. En primer lugar, porque se trata de grupos o categorías personales diferentes: de un lado, el personal laboral de la Administración Pública, que no sólo se rige por la legislación laboral común, sino también, en su condición de «empleados públicos» por normas administrativas y laborales contenidas en el EBEP; de otro lado, el personal laboral de las empresas privadas que está sujeto a la legislación laboral común, básicamente por el ET. En segundo término, porque «tampoco puede admitirse como válida la comparación entre el personal laboral que presta su servicios en el "sector público administrativo" con el personal laboral que presta servicios en el "sector público empresarial", pues… el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan».

En el voto particular que acompaña a esta resolución, se disiente de esa doctrina considerando que «la Disposición Adicional 21ª ET debió de ser declarada inconstitucional y nula de acuerdo con un doble fundamento». De un lado, porque «estando en juego el alcance del régimen jurídico impugnado y sus efectos sobre sujetos indistintamente vinculados por una relación de naturaleza laboral, concurre válidamente el término de comparación», de modo que la existencia entre dichos sujetos de «Un régimen jurídico de seguridad social análogo no se traduce así en una protección en el ámbito laboral equivalente, sino que, al contrario, se excluye de raíz. Un tratamiento peyorativo, sin base ni fundamento objetivo y proporcionado declarado, que vuelve a quebrantar el imperativo del art. 14 CE». De otro, en razón de que «constituye una abierta y frontal lesión del art. 9.3 CE la total ausencia de justificación racional respecto de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/2012, que añade en el ET una nueva Disposición Adicional, la vigésimo primera…».

Por otra parte, la referida sentencia ha rechazado que la citada exclusión lesione «el derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector público… en la medida en que la inaplicación del art. 47 LET dispuesta en la norma impugnada, no afecta al derecho de acceso, permanencia y ejercicio en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2 CE…».

III. EXCEDENCIAS

1. Excedencias forzosas

De forma equívoca, la ley se refiere a la «Excedencia forzosa» como causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1.*k*) ET]. La utilización del singular es incorrecta, porque la norma estatutaria regula varias clases de excedencia forzosa, que configuran otras tantas causas suspensivas del contrato. La confusa regulación de las excedencias forzosas dificulta el acuerdo doctrinal sobre la identificación de las que deben calificarse como tales. El carácter forzoso de algunas de ellas (ejercicio de cargo público representativo y de funciones de representación sindical) se ha querido anclar en el criterio de que la suspensión del contrato se impone de forma imperativa para ambos sujetos o, en algún caso, por el empresario al trabajador cuando concurra el supuesto de hecho que la origina [arts. 45.1.*f*) y 46.1 y 4 ET y art. 9.1.*b*) LOLS]. No obstante, esta imposición legal no es exclusiva de dichas excedencias pues otras causas sus-

pensivas también poseen ese carácter imperativo para ambas partes del contrato, como se ha visto con anterioridad (por ejemplo, la incapacidad temporal o la maternidad).

En la escurridiza lógica de la norma estatutaria, el carácter forzoso de dichas excedencias parece atribuirse atendiendo al deber de reserva del puesto de trabajo que rige para las mismas, criterio que conceptualmente tampoco es admisible como distintivo porque ese deber no es específico de ellas al afectar a todas las causas de suspensión, salvo a la excedencia voluntaria y a lo que las partes puedan acordar válidamente al respecto en el contrato o en el convenio. La consideración como forzosas, por la ley y la jurisprudencia, de las excedencias en que se establece dicho deber de reserva, se realiza probablemente con la finalidad de distinguirlas de la excedencia voluntaria, en la que tan sólo existe un derecho preferente de reingreso.

A) Propias

En el ámbito concreto de las excedencias, pueden calificarse como propias las forzosas que se imponen a ambas partes del contrato cuando concurren determinadas circunstancias. Junto al deber de reserva del puesto de trabajo, comparten el obligado cómputo de la antigüedad mientras dura el desempeño del cargo, así como la obligación del trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo dentro del plazo legalmente establecido.

a) Ejercicio de cargo público representativo

Supuesto admitido como excedencia forzosa es el que deriva del ejercicio de un cargo público representativo, por designación o elección, que imposibilite la asistencia al trabajo [arts. 45.1.*f*) y 46.1 ET]. Por cargo público se entiende «no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente» (SSTS 23-12-1987 y 20-9-2000), es decir, el cargo de carácter político. No se considera que lo sea, por ejemplo, el gerente de una sociedad anónima cuyo capital es íntegramente de titularidad municipal (STS 18-9-2007). La situación suspensiva que corresponde al supuesto de incompatibilidad entre un puesto laboral y otro de funcionario obtenido con posterioridad es la de excedencia voluntaria (STS 25-10-1988).

Obsérvese que, si bien es un tercero quien efectúa la designación o el nombramiento para el cargo público, el que decide aceptarlo es el trabajador, por lo que, en definitiva, la concurrencia del supuesto de hecho determinante de la suspensión depende de la valoración que aquél realice voluntariamente al respecto.

Esta causa de suspensión puede derivar de la insuficiencia del permiso reconocido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, cuando tal cumplimiento implique la imposibilidad de realizar la prestación de trabajo en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses. En tal caso, la empresa está facultada para pasar al trabajador afectado a esta situación de excedencia forzosa, poniendo fin a la situación interruptiva propia del permiso [Capítulo 10, III, 2, B)], lo que abunda en el carácter forzoso de esta causa suspensiva. La reincorporación al trabajo ha de realizarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir del cese en el cargo (art. 48.3 ET).

b) Ejercicio de funciones de representación sindical

Este supuesto comprende dos causas suspensivas diferenciadas en atención al tipo de sindicato en el que se ejerzan las funciones de representación sindical.

De acuerdo con una primera causa, los trabajadores pueden solicitar su paso a la situación de excedencia cuando ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art. 46.4 ET). La opción de solicitar la excedencia corresponde al trabajador pero su reconocimiento resulta forzoso para la empresa (SSTSJ/Andalucía/Granada 15-1-1997 y STSJ/

Cataluña 19-7-1996). El deber de reserva del puesto de trabajo está implícito en este caso al establecerse la obligación de reincorporarse en el plazo de treinta días naturales a partir del cese en el desempeño de las funciones (art. 48.3 ET). La excedencia se reconoce a los trabajadores que desempeñen funciones sindicales en sindicatos que no tengan la condición de más representativos (STC 263/1994).

La segunda causa alude al derecho a la excedencia forzosa de los trabajadores que ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas. Conforme al criterio legal distintivo antes señalado, de su carácter forzoso se derivan el derecho de reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad mientras dure el ejercicio del cargo representativo, debiendo reincorporarse el trabajador a dicho puesto dentro del mes siguiente a la fecha del cese [art. 9.1.*b*) LOLS].

B) Especiales

a) Excedencia para el cuidado de hijos y otros familiares

Siguiendo la lógica de la norma estatutaria, la doctrina judicial no las cataloga como excedencias voluntarias, asimilándolas a las forzosas debido al deber de reserva del puesto de trabajo que rige para las mismas (art. 46.3 ET y SSTSJ/C. Valenciana 23-10-1998 y Aragón 2-11-1999). Separándose del interés privado inespecífico propio de la excedencia voluntaria, estas otras se reconocen por motivos específicos de carácter familiar, lo que explica su diferente régimen jurídico. Pueden ser calificadas asimismo como especiales, dado que no se imponen a ambas partes del contrato como sucede con las propias, sino tan sólo al empresario cuando el trabajador decide solicitar la excedencia y reúne los requisitos exigidos para el ejercicio de su derecho. En todo caso, y como seguidamente se verá, esta especialidad es compartida con la excedencia voluntaria.

La ley regula dos modalidades de estas excedencias. De acuerdo con la primera de ellas, se reconoce a los trabajadores el derecho a un período de excedencia por un máximo de tres años de duración para atender al cuidado de cada hijo, ya sea por naturaleza, adopción o acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso de la resolución judicial o administrativa. Conforme a la segunda modalidad, se atribuye a los trabajadores el derecho a un período de excedencia, cuya duración máxima será de dos años, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, cuando éste no pueda valerse por sí mismo a causa de la edad, accidente, enfermedad o discapacidad y no desempeñe actividad retribuida.

b) Reglas comunes

a') La titularidad del derecho a estas excedencias corresponde al trabajador, sea hombre o mujer. Sin embargo, en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa se acojan a estas modalidades, la norma faculta al empresario para que pueda limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

b') El período de duración de la excedencia puede disfrutarse de forma fraccionada. Ante el silencio legal sobre el modo de llevar a cabo dicho fraccionamiento, habrá de estarse a lo que establezca a estos efectos la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato de trabajo. La doctrina judicial ya admitía esta fragmentación en el caso del cuidado de hijo, atribuyendo a los padres la facultad para decidir el momento de reincorporación al trabajo, dentro de los límites temporales establecidos por la ley para la duración de la excedencia, ya que la norma «no impone la obligación de fijar desde su inicio el período por el que se quiere disfrutar» (STSJ Cataluña 19-11-1999).

c') Cuando un nuevo sujeto causante genere el derecho a un nuevo período de excedencia (hijo o familiar), el inicio de ésta supone la automática finalización de la que se venga disfrutando en alguna de sus modalidades.

d') Durante el primer año de excedencia el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, quedando referido tal derecho durante los dos años siguientes a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente (hasta que para esta última finalice su período transitorio de vigencia). La duración de la reserva se amplía si el trabajador forma parte de una familia numerosa (reconocida oficialmente como tal), extendiéndose hasta un máximo de quince y dieciocho meses cuando se trata de familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente.

e') El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia es computable a efectos de antigüedad, reconociéndose a aquél, asimismo, el derecho a la asistencia a cursos de formación profesional e imponiéndose al empresario la obligación de convocarle con este fin, de modo especial con ocasión de su reincorporación.

f') Los dos primeros años de excedencia para el cuidado de hijo y el primer año de excedencia para el cuidado de otros familiares, se consideran períodos de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Cuando se trate de excedencia para el cuidado de hijo, el período de cotización amplía su duración hasta treinta y seis meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor para cuyo cuidado se utiliza la excedencia se considera familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente (art. 180.1 y 2 LGSS).

2. Excedencia voluntaria

El trabajador que cuente con una antigüedad mínima de un año en la empresa, tiene derecho a situarse en excedencia voluntaria por un período que oscila entre un mínimo de cuatro meses y un máximo de cinco años. El derecho sólo puede ser ejercitado de nuevo por el trabajador cuando hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria (art. 46.2 ET). Esta excedencia es voluntaria sólo para el trabajador, siendo obligada su concesión por el empresario cuando se cumplan los requisitos exigidos (STSJ Baleares 2-7-1992 y Canarias/Santa Cruz de Tenerife 16-5-1997).

Ya se señaló anteriormente que, si bien una línea jurisprudencial no considera esta excedencia como causa suspensiva del contrato de trabajo, de seguro lo es dado que, al igual que en las restantes causas, las partes del contrato quedan también exoneradas de cumplir sus obligaciones principales, manteniéndose el vínculo jurídico, aunque debilitado por la inexistencia del deber de reserva del puesto de trabajo, conforme ha venido precisando otra línea jurisprudencial [*supra* I, 3, B)]. La falta de este deber y el reconocimiento de un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría para la excedencia voluntaria (art. 46.5 ET), atienden al distinto interés tutelado por ésta, lo que no significa necesariamente que el vínculo contractual finalice cuando el trabajador se acoge a dicha excedencia, puesto que la misma no figura entre las causas de extinción del contrato. No debe, pues, confundirse, la pérdida del puesto de trabajo que el excedente voluntario ocupa con la extinción del vínculo contractual, que sigue manteniéndose a través de su derecho preferente al reingreso, una suerte de «derecho potencial o expectante» condicionado a la existencia de vacante, lo que faculta al empresario para disponer con plena libertad de la plaza del excedente (STS 21-1-2010).

Aunque con un menor alcance que el previsto para la excedencia forzosa, la vigencia de la relación contractual en la excedencia voluntaria tiene su reflejo en distintas manifestaciones, entre las que destacan dos. Un primera viene dada por la extinción del contrato de trabajo durante la situación de excedencia voluntaria, en cuya virtud el trabajador excedente debe incluirse en el procedimiento de regulación de empleo por extinción de contratos de trabajo que el empresario pueda incoar, con objeto de que su relación contractual también se extinga, así como, en consecuencia, su derecho preferente al reingreso; extinción que sólo es factible si previamente aquella relación se mantiene vigente, aunque no activa. Dicha extinción, si se califica como procedente, no genera derecho a indemnización habida cuenta de que el trabajador no pierde su empleo sino únicamente la expectativa de reingreso (STS 20-10-2000),

Una segunda manifestación se refiere a la solicitud de reingreso del trabajador en la empresa una vez transcurrido el período de excedencia. En este caso, pueden darse dos situaciones diferenciadas. Por un lado, la derivada de la negativa rotunda e incondicional del empresario a acceder al reingreso, lo que supone un despido frente al cual el trabajador puede ejercitar la acción correspondiente en el plazo de caducidad de veinte días hábiles siguientes a aquel en el se haya producido (art. 59.3 ET y STS 21-2-1992). Cuando el despido se declare improcedente, la empresa debe hacer efectiva la reincorporación del trabajador si existe vacante idónea en términos legales, así como abonarle la indemnización que corresponda por daños y perjuicios y los salarios dejados de percibir desde la fecha de solicitud del reingreso (SSTS 21-2-1992 y 14-5-1993). En todo caso, para calcular la cuantía de la indemnización no procede computar como antigüedad el período de excedencia (STS 26-6-1998). Por otro, la sustentada en la decisión empresarial de posponer el reingreso hasta que exista plaza vacante, en cuyo caso el trabajador puede utilizar la acción dirigida a la declaración de existencia de vacante y al reconocimiento del derecho al reingreso, en el plazo de un año desde el día en que la acción pueda ejercitarse (art. 59.2 ET y STS 22-10-1997).

Junto a la inexistencia del deber de reserva del puesto de trabajo, singularidad de esta excedencia es, asimismo, la de excluir del cómputo de la antigüedad en la empresa el período de disfrute de la misma (art. 46.1 ET *a sensu contrario*), salvo que en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo aplicable se haya pactado dicho cómputo o mejorado algún aspecto de su régimen jurídico estatutario (art. 85.1 ET).

BIBLIOGRAFÍA

I. Suspensión del contrato de trabajo: caracterización

AAVV: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1995.
Álvarez Alcolea, M.: «La suspensión del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, n.º 5/1981.
Rivas Vallejo, M. P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Albacete, 2007.
Rodríguez Copé, M. L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 2004.
Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965.
— «Suspensión del contrato de trabajo», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, vol. 1.º, Madrid, 1983.

II. Causas

Blasco Segura, B.: «La suspensión del contratote trabajo: los apartados *j*) y *m*) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, 1995-II.
Cruz Villalón, J.: «Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas», en Aparacicio Tovar, J., y Baylos Grau: *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995.
García-Trevijano Garnica, E.: «La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo», *REDT*, n.º 100/2000.
Martínez Girón, J.: «Las causas de suspensión *¿numerus clausus?*», en AAVV: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1995.
Morgado Panadero, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral», *RL*, n.ºs 23-24/2002.
Nevado Fernández, M. J.: «El cuidado de personas a cargo de trabajadores», *REDT*, n.ºs 105-106/2001.
Rivas Vallejo, M. P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona, 1999.
Sánchez Trigueros, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Pamplona, 2002.
Solá Monells, X.: *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, Madrid, 2002.

III. Excedencias

Argüelles Blanco, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Pamplona, 1996.
Ballester Laguna, F.: *La excedencia por ejercicio de cargo sindical*, Granada, 2003.
Camacho Ortega, J.: *La excedencia sindical*, Madrid, 1997.
Cruz Villalón, J.: «La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria», *RPS*, n.º 145/1985.
Gorelli Hernández, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Granada, 1999.
Pedradas Moreno, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid, 1983.
Pérez Alonso, M.: *La excedencia laboral*, Valencia, 1995.
Ruano Albertos, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1995.

CAPÍTULO 14:
ESTABILIDAD EN EL EMPLEO:
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

I. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CAUSAS

1. Concepto y fundamento

A) Concepto

Contemplada desde el plano dinámico, la extinción del contrato de trabajo es una de las vicisitudes por las que atraviesa este negocio jurídico, que supone el cese definitivo de la relación laboral individual y de las consiguientes obligaciones contraídas por las partes, en virtud de una causa normativamente establecida. De este concepto surgen los caracteres básicos que configuran dicha vicisitud.

a) Operatividad extintiva

La extinción del contrato de trabajo únicamente se produce respecto de un contrato de trabajo plenamente válido, de modo que las causas extintivas son inoperantes ante la situación de invalidez contractual, bien porque el contrato carezca de alguno de los presupuestos necesarios para la validez del negocio (por ejemplo, cuando se formaliza con un menor de edad laboral), bien porque, aunque tales presupuestos concurran, exista un vicio o falta que lo invalide, incidiendo en alguno de los elementos esenciales de su estructura (por ejemplo, contratación laboral con el fin de vender o distribuir sustancias o productos ilegales). En estos casos el ordenamiento reacciona estableciendo la nulidad del contrato, salvo que el defecto o vicio resulte subsanable o convalidable. La declaración judicial de nulidad del contrato basada en su invalidez comporta la inexistencia del mismo (STS 21-6-1988), no pudiendo, en consecuencia, producirse su extinción.

b) Previsibilidad definitiva

El cese de la relación contractual de trabajo y de las obligaciones que las partes contraen en ese marco se configura previsiblemente como definitivo, atendiendo a la voluntad extintiva del negocio (de las partes o de la ley) en lo sucesivo. Esa voluntad conclusiva es consustancial a la extinción del contrato en contraste con aquellas otras vicisitudes del mismo en las que no existe una ruptura de la relación laboral, sino úni-

camente la paralización de alguna o algunas de las principales obligaciones y prestaciones de las partes —ya se trate de interrupciones, ya de suspensiones—, recobrando nuevamente la relación la plenitud de efectos tan pronto como cesan las causas de las que unas y otras surgen. Se trata, por tanto, de un carácter de la extinción contractual asentado en un juicio comparativo o externo a la propia figura extintiva, que coadyuva a delimitarla. Pero este carácter queda amortiguado al considerar otros dos rasgos que también se dan cita en esta figura extintiva, la reversibilidad y la perdurabilidad relativa.

c) Reversibilidad

La inicial aplicación de una causa extintiva del contrato de trabajo supone, como se ha dicho, que el cese de la relación ha de ser previsiblemente definitivo. Pero, como tal previsión, el cese es posteriormente reversible. Esto sucede en aquellos supuestos en que se declara judicialmente la no conformidad con el ordenamiento de la causa determinante del cese, de forma que éste no llega en ningún caso a constituir una nueva situación extintiva, permaneciendo incólume el vínculo contractual. Ello sin perjuicio de que, como se verá en su momento, en algunas causas la ley autorice a una de las partes a extinguir el contrato pese a la subsistencia de la relación contractual judicialmente declarada (por ejemplo, la opción empresarial a readmitir o indemnizar en el despido improcedente).

d) Perdurabilidad relativa

Hacia el futuro, una vez extinguido el contrato, éste no genera, por definición, nuevos efectos, ya que el vínculo contractual ha quedado definitivamente disuelto. Pero ello no significa cerrar el paso a la producción de determinados efectos una vez que la relación de trabajo concluya. Ello es factible en dos supuestos. De un lado, respecto de ciertas consecuencias previstas al celebrar o ejecutar contrato. Por ejemplo, el pacto de no competencia postcontractual estipulado al inicio de la relación o durante su ejecución para regir una vez extinguido el contrato (art. 21.2 ET). De otro, en lo tocante a determinados efectos que surgen, no ya del contrato extinguido, sino de la propia causa de extinción, como sucede, por ejemplo, con las causas que generan el pago de ciertas indemnizaciones, entre otras, por jubilación del empresario, salvo que opere la sucesión de empresa, o por voluntad del trabajador sin previo aviso [art. 49.1.*g*) y *d*) ET].

e) Causalidad

El cese definitivo de la relación contractual se produce en virtud de una causa normativamente establecida, de suerte que la ley debe tipificar las causas determinantes de dicho cese. Esta exigencia pretende evitar la ruptura del vínculo contractual por parte del empresario al amparo del mecanismo previsto en el artículo 1.124 CC, resolviendo libremente la relación en virtud de un genérico incumplimiento del contrato por parte del trabajador. De aquí que la determinación legal de un catálogo de causas para extinguir válidamente el contrato, tenga una primordial finalidad dirigida a la tutela del principio de estabilidad en el empleo.

La tipificación legal de la causa es siempre necesaria, al igual que lo es la acreditación formal de su existencia. Pero esa tipificación puede tener un carácter genérico o específico. Ejemplos de lo primero vienen dados por la habilitación a las partes a fin de que puedan consignar en el contrato causas válidas para su extinción [art. 49.1.*b*) ET], o por el reconocimiento al empresario para que pueda proceder al despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 49.1.*i*) ET]. Y de lo segundo, la muerte, jubilación o incapacidad del empresario como causas concretas que permiten extinguir el contrato [art. 49.1.*g*) ET].

Por otro lado, el tratamiento legal de la motivación en que se apoya la causa no es homogéneo. En la mayor parte de los casos, tal motivación no se exige, bien porque la concurrencia del supuesto de hecho que delimita la causa es suficiente para aplicarla, siempre que el mismo se acredite (por ejemplo, jubilación

del empresario), bien porque se quiere salvaguardar la libertad profesional del trabajador (extinción del contrato por su sola voluntad, aunque preavisada). Como excepción, el desarrollo legal de los despidos colectivos lleva implícita la exigencia de motivación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en que éstos se fundan, al posibilitarse que en el período previo de consultas con los representantes de los trabajadores se pueda bien evitar o reducir su número, bien atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados [arts. 49.1.*i*) y 51.2 ET].

B) Fundamento

La extinción del contrato de trabajo presenta un doble fundamento. De un lado, posee un fundamento liberatorio, que pretende facilitar la extinción del contrato cuando concurren determinadas causas justificadas. Por otro, exhibe un fundamento conservativo que procura evitar o amortiguar la extinción, favoreciendo la estabilidad en el empleo.

a) Fundamento liberatorio

La definitiva liberación de las obligaciones que las partes del contrato han adquirido al celebrarlo, reposa en dos clases de razones.

La primera de ellas estriba en la preservación del presupuesto de la voluntariedad, en cuanto requisito de necesaria presencia en toda relación individual de trabajo. La protección de ese presupuesto se asegura, como ya se sabe, en el inicio de la relación, ya que, al margen de la general coerción económica, el contrato de trabajo se celebra voluntariamente desde el plano jurídico, esto es, con ausencia de toda compulsión física o legal que obligue a iniciar una actividad laboral de cuyo incumplimiento pudiera derivarse para alguna de las partes una sanción, protegiéndose así la libertad profesional del trabajador (art. 35.1 CE) y la libertad contractual del empresario derivada de su libertad de empresa (art. 38 CE). Pero el respeto a la voluntariedad que emana de la libertad contractual impide, asimismo, que el contrato de trabajo pueda celebrarse con carácter vitalicio —que no indefinido—, acarreando tal pacto su nulidad (art. 1.583 CC). De este modo, el requisito de la voluntariedad queda preservado cuando empresario y trabajador deciden, unilateral o conjuntamente, poner fin al contrato en virtud de una causa legal (por ejemplo, despido por parte del empresario, dimisión del trabajador o mutuo acuerdo).

La segunda razón que funda la extinción del contrato obedece a la imposibilidad de continuar desempeñando la prestación de trabajo contratada. Tal imposibilidad supone, por lo que respecta a las obligaciones de hacer, que las prestaciones de las partes resultan legal o físicamente imposibles (art. 1.184 CC). En el contrato de trabajo, esta imposibilidad de cumplimiento está modulada, porque, si bien en algunos casos no resulta factible continuar con la prestación de trabajo (por ejemplo, muerte del trabajador o fuerza mayor definitiva), en otros la imposibilidad no opera sin más, sino que es necesaria la voluntad de las partes para que la causa extintiva emerja (por ejemplo, jubilación voluntaria o despido colectivo).

b) Fundamento conservativo

En algunos de los supuestos en que la voluntad desempeña un papel determinante para que surja la causa extintiva, el fundamento conservativo del contrato actúa en procura de su mantenimiento. La estabilidad en el empleo a fin de evitar su pérdida está presente, así, tanto si se trata de supuestos extintivos de orden cuantitativo como de orden cualitativo. Entre los primeros destaca el despido colectivo [art. 49.1.*i*) ET], cuyo impacto en el volumen de empleo pretende aminorarse básicamente a través de la negociación colectiva que el empresario debe mantener con los representantes de los trabajadores en el período de consultas, aunque las sucesivas reformas del instituto hayan reducido, al amparo del principio de rendimiento, el umbral de garantías para aquella estabilidad. En el terreno cualitativo, descuella la extinción voluntaria del contrato por la trabajadora víctima de violencia de género [art. 49.1.*m*) ET], ya que la decisión deriva

aquí de un ataque a su dignidad como persona, pudiendo reconducirse tal decisión mediante el recurso a mecanismos previos más favorables para la estabilidad en el empleo que la ley le ofrece respecto de su situación con finalidad conservativa del contrato (adaptación del tiempo de trabajo, modificación y suspensión contractuales).

2. Causas: tipología y regulación

La enumeración de las causas de extinción del contrato de trabajo se recoge, de modo general, en el artículo 49.1 ET. Se trata de una relación sin designio sistemático y de carácter abierto, ya que no da cabida a todas las causas contempladas a este respecto en la normativa laboral. Dejando aquí al margen las causas extintivas establecidas para algunas relaciones laborales de carácter especial, ya estudiadas en su momento [Capítulo 6, I, 2, B)], puede trazarse una clasificación de las causas extintivas de la relación contractual de trabajo conforme a lo dispuesto en el ET (arts. 49.1 y 14.2) y atendiendo al papel que desempeña la voluntad de las partes o su ausencia en el surgimiento de aquéllas, lo que ayuda a comprender su distinto régimen jurídico y el diverso alcance que en ellas tiene la estabilidad en el empleo. Con arreglo a ese criterio, debe distinguirse entre causas subjetivas o dependientes de la voluntad unilateral o conjunta de las partes y causas objetivas o independientes de dicha voluntad.

A) *Causas subjetivas*

a) Dependientes de la voluntad del empresario

a') El despido

El ordenamiento laboral no contempla el despido unitariamente como causa extintiva del contrato de trabajo, limitándose a identificar las distintas clases de despido en cuanto causas específicas habilitantes de dicha extinción: el despido disciplinario [art. 49.1.*k*) ET], el despido por causas objetivas [art. 49.1.*l*) ET], el despido colectivo [art. 49.1.*i*) ET] y el despido por fuerza mayor definitiva [art. 49.1.*h*) ET]. Dada su relevancia en el cuadro de causas extintivas del contrato, estas clases de despido son objeto de estudio posterior.

La comprensión de ese estudio requiere ahora, sin embargo, delimitar la noción de despido común aquellas modalidades. El silencio del ordenamiento a este respecto puede suplirse desde una perspectiva doctrinal conviniendo en que la noción más certera, inferida de la regulación legal de sus modalidades, es aquella que lo configura como la resolución causal del contrato de trabajo decidida unilateralmente por voluntad constitutiva del empresario.

Esta noción de despido permite asimilar a la misma otros supuestos no calificados directamente como tal, pero en los que la voluntad extintiva del empresario es la que resuelve causalmente la relación laboral, Tal sucede, por vía de ejemplo, en los supuestos en que no se proporciona al trabajador ocupación efectiva, se rechaza indebidamente su readmisión tras un período de suspensión del contrato, se incumple el deber de llamamiento en los contratos de trabajo FDNP, se extingue el contrato de trabajo durante el período de prueba por causa ajena al deber de experimento o se jubila al trabajador unilateralmente por el empresario (SSTS 26-2-1990, 29-12-1992). Ello tiene indudable trascendencia práctica a los efectos de impugnación del despido en estos otros supuestos por el cauce procesal que ofrece el artículo 103.3 LJS en el marco del despido disciplinario, siempre que la extinción del contrato de trabajo no deba encauzarse expresamente por una modalidad distinta.

El despido se decide ordinariamente por la sola voluntad del empresario, pero en algunas modalidades tal decisión, bien está condicionada, bien está sustituida. En el primer caso, se encuentran el despido colectivo (para el que el empresario debe abrir un período de consultas) y el despido por fuerza mayor

definitiva (que requiere su constatación por la autoridad laboral). Al segundo caso se adscribe el despido colectivo cuando el empresario está declarado en concurso, pues aquí es el juez mercantil quien resuelve sobre dicho despido (art. 64.7 LCo).

Es propio asimismo del despido poseer carácter constitutivo, permitiendo al empresario crear por su voluntad una situación jurídica nueva mediante la extinción del contrato de trabajo. Pero este carácter está también modulado por los mismos condicionantes que acaban de exponerse respecto de la voluntad unilateral del empresario, al ser ésta el elemento previo indispensable para constituir la nueva situación extintiva.

La exigencia de justa causa para materializar el despido tiene una especial relevancia en esta vía extintiva del contrato de trabajo, pues con ello se excluye de entrada la posibilidad del despido libre o acausal (*ad nutum*), reforzándose de este modo el principio de estabilidad en el empleo. La trascendencia de la justa causa en el despido ha de tener su reflejo en distintos aspectos de su regulación y consiguiente aplicación. Por un lado, se manifiesta con singular trascendencia en la delimitación legal de las causas que facultan al empresario para despedir respecto de las distintas modalidades de despido, teniendo muy en cuenta que no basta con su precisa tipificación, con ser ello muy importante, sino que la plasmación legal de dichas causas ha de guiarse por un criterio de justicia. La doctrina constitucional ha aludido a dicho criterio, sin entrar en su análisis, al vincular la dimensión individual del derecho al trabajo con «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa» (STC 22/1981). Tal criterio está estrechamente vinculado con la concepción del despido como el último recurso al que ha de acudirse para resolver las distintas situaciones a afrontar mediante los tipos de despido legalmente admitidos. Por otro lado, no puede desconocerse la decisiva función que desempeñan las garantías de forma y procedimiento del despido, así como de reacción procesal frente al mismo, establecidas con distinto alcance según la modalidad del mismo. En este segundo plano conviene señalar que el carácter recepticio que en ocasiones se atribuye al despido de forma específica no es exclusivo del mismo, ya que en las restantes causas extintivas del contrato por voluntad del empresario ese rasgo también está presente, lo que no impide apreciar su especial relevancia en el despido.

Con todo, y como ha de verse con posterioridad, la flexibilidad laboral al servicio del principio de rendimiento de la fuerza de trabajo incide sobremanera en la regulación del despido, particularmente en las modalidades de carácter colectivo, debilitando de modo paulatino el principio de estabilidad en el empleo, abatiendo la cohesión social y relegando el trabajo humano a la condición de mercancía.

b') Jubilación

Esta causa viene referida, claro está, al empresario persona física que decide voluntariamente cesar en el trabajo en razón de la edad [art. 49.1.*g*) ET]. Aunque este precepto establece que la jubilación se efectúe «en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social», ha de entenderse que se trata de una garantía del libre cese del empresario en su actividad profesional mediante la jubilación, que no cierra el paso a la válida instrumentación del cese a través del aseguramiento privado (STS 20-6-2000), sin que, por tanto, haya de acudirse únicamente a tal efecto al régimen público de protección social. La jubilación puede ser anticipada o por cumplimiento de la edad establecida para acceder a la pensión. En cualquier caso, la jubilación debe ir acompañada del cese de la actividad empresarial para que la causa extintiva de los contratos de trabajo pueda aplicarse, de modo que la misma no opera cuando exista continuación o sucesión en la actividad empresarial, lo que puede producirse por distintos cauces, tales como la transmisión de la empresa a otra persona (art. 44 ET), la designación o nombramiento por el empresario jubilado de un tercero para que se encargue de su explotación o la asunción por el mismo de su dirección sin ánimo lucrativo (SSTS 25-4-2000 y 14-2-2001).

La aplicación de la causa no exige control administrativo alguno, requiriéndose únicamente la comunicación a los trabajadores de la extinción de sus contratos, el hecho de la jubilación y la fecha en que

dicha extinción surtirá efectos. Si bien la ley no exige que la comunicación sea escrita, sí es necesario que contenga una declaración expresa y recepticia del empresario que ponga en conocimiento de los trabajadores los extremos mencionados (STSJ Galicia 12-2-2004). La jubilación y el cese de la actividad no han de ser necesariamente simultáneos, pudiendo mediar entre ambos un plazo razonable cuya duración dependerá de las circunstancias de casa caso (SSTS 8-6-2001 y 21-12-2001).

Los trabajadores tienen derecho a la indemnización de una mensualidad de su salario [art. 49.1.*g*) ET], cuya escasa cuantía parece fundarse en la previsibilidad de la jubilación. Fundamento inconsistente si se considera la superior cuantía indemnizatoria asignada a la finalización de determinados contratos temporales [art. 49.1.*c*) ET].

c') Extinción de la personalidad jurídica empresarial [art. 49.1.*g*) ET]

Esta causa viene referida al empresario persona jurídica, esto es, a la empresa como estructura societaria, tanto civil como mercantil. La causa no incluye los supuestos de transformación, absorción y fusión de sociedades, ya que en estos casos se trata de cambios de titularidad encuadrados en el supuesto de sucesión de empresa, que determina la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior (art. 44 ET).

En consecuencia, dicha causa únicamente acoge el supuesto de disolución de la empresa (por ejemplo, transcurso del plazo de duración de la sociedad o imposibilidad de cumplir el objetivo social), en cuyo caso es necesario seguir el procedimiento previsto en el artículo 51 ET para la extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo [art. 49.1.*g*) ET], aplicándose la superior indemnización que para éste proceda, legal o convencionalmente.

d') Desistimiento durante el período de prueba (art. 14.2 ET)

El contrato de trabajo puede extinguirse por decisión del empresario durante el período de prueba, como ya se estudió [Capítulo 5, III, 2, B)]. Aunque la ley se refiere al desistimiento, se trata en rigor de una resolución del contrato por voluntad unilateral del empresario. Pero esta extinción contractual no puede calificarse de despido porque la ley exime a las partes durante dicho período de los derechos y obligaciones derivados de la resolución de la relación laboral (art. 14.2 ET), entre los que figura la obligación empresarial de fundarla en una justa causa. La inexigencia de alegación formal de causa, no exonera al empresario, según también se advirtió en su momento, de justificar la extinción en el caso de que su decisión se impugne por el trabajador considerando que se ha ejercido por cualquier razón ajena al deber de experimento, ya sea en fraude de ley o con vulneración de derechos fundamentales.

Si rectamente ejercido, del desistimiento resolutorio por el empresario no se deriva indemnización alguna.

b) Dependientes de la voluntad del trabajador

a') Dimisión

El trabajador puede resolver libremente su contrato de trabajo, sin alegación de causa alguna (extinción *ad nutum*) y sin necesidad de que exista incumplimiento previo por parte del empresario. El único requisito formal exigido para este supuesto de dimisión es el de respetar el plazo de preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre [art. 49.1.*d*) ET], o también respetando el que a tal efecto pueda preverse en el contrato. Ello sin perjuicio de los plazos específicos previstos para algunas relaciones laborales de carácter especial (por ejemplo, un mínimo de tres meses para el personal de alta dirección: art. 10.1 DAD). En el supuesto de que dicho plazo no se halle predeterminado de modo concreto, se aplica

supletoriamente el de quince días (STS 29-6-1989), contemplado hoy para los contratos temporales de duración superior a un año [art. 49.1.*c*) ET].

La aplicación de esta causa exige una voluntad extintiva incontestable, expresa o tácita, lo que significa que del comportamiento del trabajador debe desprenderse de modo claro, cierto y terminante dicha voluntad (SSTS 21-11-2000 y 27-6-2001).

La facultad resolutoria preavisada se reconoce al trabajador tanto si el contrato de trabajo es indefinido como por tiempo determinado, pues ninguna restricción establece la ley con carácter general a este propósito, disciplinando de forma específica los supuestos en los que tal facultad no se reconoce al tratarse de relaciones laborales de carácter especial en las que se parte del íntegro cumplimiento del período de duración pactado (así sucede en la relación especial de los deportistas profesionales y en la de los artistas en espectáculos públicos).

b') Abandono

La resolución voluntaria por el trabajador y sin manifestación alguna de su decisión de extinguir el contrato de trabajo se califica usualmente como abandono, a fin de distinguirlo de la dimisión. La ley no contempla expresamente esta causa, pero doctrina y jurisprudencia la han inferido del artículo 49.1.*d*) ET *a sensu contrario*.

Por su propia caracterización, esta causa extintiva no está sujeta a forma alguna, puesto que el trabajador no cumple ni con el plazo de preaviso, ni efectúa ningún tipo de comunicación al empresario de su intención de extinguir el contrato. En términos generales, el incumplimiento contractual que el abandono supone puede dar lugar a la indemnización al empresario por los daños y perjuicios causados (por ejemplo, los derivados de la dificultad de sustituir con rapidez al trabajador o del deterioro de bienes de cuya producción o control ésta se encargaba). Indemnización que fija la jurisdicción social siguiendo las reglas comunes (arts. 1.101 ss. CC) y cuya viabilidad requiere probar la conducta ilícita del trabajador (el abandono y no la dimisión), el daño producido, así como la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño (por ejemplo, que el abandono no se debió a graves amenazas para la vida o la integridad física del trabajador).

Supuesto específico de abandono del trabajador es el relativo al pacto de permanencia cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional a cargo del empresario, que, como ya se estudió, debe formalizarse siempre por escrito y cuya duración máxima es de dos años (art. 21.4 ET). En este supuesto es evidente que el incumplimiento del trabajador de su obligación de preavisar genera en todo caso la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, puesto que la libre resolución de su contrato sin expresión de causa no le faculta para abandonar definitivamente el trabajo sin advertir con carácter previo al empresario de tal circunstancia [art. 49.1.*d*) ET, *a sensu contrario*], máxime cuando existe pacto expreso de permanencia.

c') Resolución causal fundada en incumplimiento contractual del empresario

Esta resolución causal derivada de un incumplimiento contractual del empresario [art. 49.1.*j*) ET], presenta dos modalidades, que se distinguen por el alcance de la voluntad resolutoria del trabajador: extinción causal condicionada, que debe solicitarse ante el juez de lo social (art. 50.1 ET) y extinción causal autónoma, que faculta al trabajador para extinguir el contrato por sí mismo (art. 41.3 ET).

a'') *Extinción causal condicionada*, que se funda en un incumplimiento contractual grave por parte del empresario, imputable a título de dolo o culpa (SSTS 15-11-1986 y 15-3-1991), aunque esta última no siempre es exigible, e incluido en alguna de las causas justas establecidas en el artículo 50.1 ET. Tales causas vienen acogidas en dicho precepto con distinto grado de concreción:

1.ª Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo efectuadas sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de su dignidad [art. 50.1.*a*) ET]. Deben darse aquí por reproducidos los requisitos exigidos para esta causa [Capítulo 12, II, 2, C)].

En rigor, esta causa no constituye incumplimiento del empresario, ya que éste decide las modificaciones sustanciales con arreglo al procedimiento establecido. Pero al implicar una facultad exorbitante del empresario que produce perjuicio al trabajador por razones que le son ajenas, la ley le reconoce el derecho a solicitar la extinción del contrato y a ser indemnizado.

2.ª La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado [art. 50.1.*b*) ET].

Se contempla aquí un incumplimiento de la obligación empresarial de pagar puntualmente el salario pactado o el legalmente establecido [arts. 4.2.*f*) y 29.1 ET], con lo que se lesiona el contenido esencial del derecho a una remuneración suficiente establecido en el artículo 35.1 CE (STSJ País Vasco de 30-6-1992). Nótese que, si bien para los retrasos en el pago se exige reiteración (al menos dos retrasos), ésta no se requiere para la falta de pago.

A fin de apreciar la causa, basta con la gravedad del incumplimiento, ya se deba al arbitrio injustificado del empresario, ya derive de una situación de crisis económica para la que existen mecanismos modificatorios, suspensivos o extintivos de la relación laboral a los que el empresario puede acudir, no siendo por tanto exigible en todo caso una conducta culposa de éste (SSTS 25-1-1999 y 26-6-2008). La falta de pago o los retrasos continuados no operan como causa resolutoria cuando la deuda salarial es objeto de controversia, judicial o extrajudicial, referida a su realidad o a su cuantía (STS 6-5-1991).

3.ª La negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados [art. 50.1.*c*) ET].

Introducida por la LRET, esta causa acoge el supuesto de incumplimiento empresarial en la ejecución de una sentencia que ha establecido el carácter injustificado de la modificación sustancial efectuada por el empresario, pese a lo cual éste no reintegra al trabajador en sus anteriores condiciones o lo hace de modo irregular. En tal caso, el trabajador, está facultado para solicitar ante el Juzgado de lo Social la ejecución del fallo y la extinción del contrato de acuerdo con el procedimiento establecido para la ejecución de las sentencias en los artículos 279, 280 y 281 LJS (art. 138.8 LJS). La aparente contradicción en que incurre este último precepto debe salvarse entendiendo que el trabajador puede solicitar al juez en primer término la ejecución del fallo y, si el empresario contumaz sigue sin cumplirlo, entonces tiene abierta la posibilidad de solicitar la extinción del contrato conforme al artículo 50.1.*c*) ET.

4.ª Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor [art. 50.1.*c*) ET]. Causa genérica que evidencia el carácter abierto de las enumeradas anteriormente de modo específico en el artículo 50.1 ET (por ejemplo: no dar ocupación efectiva al trabajador o incumplir las obligaciones en materia de salud e higiene en el trabajo).

Cualquiera que sea la causa que funde la extinción del contrato conforme al artículo 50.1 ET, el trabajador está facultado para solicitar ante el juez de lo social dicha extinción, sin que pueda resolverlo por sí mismo. De este modo, el contrato mantiene su vigencia hasta tanto recaiga sentencia firme estimatoria de su demanda, debiendo continuar la prestación de trabajo, el abono del salario y la cotización a la Seguridad Social. La falta de dicha prestación de servicios puede considerarse como abandono (SSTS 11-3-1998 y 8-11-2000), en tanto que la negativa empresarial a proporcionar trabajo y pagar el salario es calificable como despido (STS 23-4-1996).

No obstante, cuando el incumplimiento empresarial atente contra la integridad u honor del trabajador, sea vejatorio o contrario a su dignidad o suponga un riesgo para su salud o seguridad que no tenga obligación de asumir, éste puede suspender por sí mismo la relación laboral abandonando el puesto de trabajo hasta tanto se resuelva la demanda presentada (STS 7-11-1989).

Estimada la demanda de extinción, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización igual a la fijada para el despido improcedente, esto es, treinta y tres días de salario por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (art. 50.2 ET). Asimismo, y en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados como consecuencia de la no reintegración o la reintegración irregular en el supuesto de traslados y modificaciones sustanciales injustificadas por resolución judicial,

el juez puede fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario con un máximo de doce mensualidades [art. 281.2.*b*) LJS].

La extinción causal del CT por voluntad del trabajador no devenga salarios de tramitación, ya que los servicios han de continuar prestándose hasta que recaiga sentencia firme. Tan sólo procede el abono de dichos salarios en el excepcional supuesto de que el trabajador se vea obligado a suspender su prestación por riesgo físico o moral, debiendo en tal caso abonarse los que correspondan desde la fecha en que se suspenda la relación hasta la fecha de la sentencia. También se reconoce al trabajador el derecho a las prestaciones por desempleo [art. 208.1.*e*) LGSS], pues aunque el contrato se resuelve por su voluntad, ésta se encuentra directamente condicionada por la previa conducta incumplidora del empresario.

b") Extinción causal autónoma faculta al trabajador para rescindir por sí mismo el contrato de trabajo, sin necesidad por tanto de acudir inicialmente a la jurisdicción social, y con derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de nueve meses (art. 41.3 ET). Los requisitos y efectos anudados al ejercicio de este derecho fueron estudiados en su momento y deben darse aquí por reproducidos [Capítulo 12, II, 2, C)].

d') Jubilación

El contrato de trabajo se extingue asimismo por jubilación del trabajador [art. 49.1.*f*) ET]. En el supuesto de que la misma derive del reconocimiento de una pensión contributiva por esta contingencia, la extinción del contrato se produce por el simultáneo cese en el trabajo y el reconocimiento de la pensión. La regla general es que el referido cese tiene carácter voluntario, dado que, en la modalidad contributiva, la jubilación es un derecho del trabajador que éste puede ejercitar cuando cumpla los requisitos legalmente exigidos, entre ellos el de la edad mínima de jubilación ordinaria, establecida de modo general en los sesenta y cinco años [art. 161.1.*a*) LGSS], que se amplía paulatinamente hasta los sesenta y siete años a partir del 1 de enero de 2013 (art. 162.1 LGSS conforme a la Disp. Trans. 5.ª LAAMSS). De aquí que el cese impuesto por el empresario al trabajador por razón del cumplimiento de la edad de jubilación pensionable se equipare al despido improcedente (STS 18-5-1982).

La edad de jubilación ordinaria puede ser objeto de reducción, con la consiguiente extinción de la relación de trabajo, en virtud de ciertas causas que la ley establece, como sucede con los grupos o actividades profesionales de índole excepcionalmente penosas, tóxicas, peligrosas e insalubres, o las personas afectadas de gran discapacidad.

Para la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva se exige también haber cumplido sesenta y cinco años, pero no se requiere, en cuanto aquí importa, el cese en el trabajo (art. 167.1 LGSS), pues el derecho a pensión no se ejerce usualmente desde la actividad laboral, habida cuenta del reducido nivel de rentas que permite el acceso a aquélla. Pero, aunque se desempeñe esa actividad, el cese en la misma sólo sería exigible si se superase mediante ésta el tope máximo de ingresos requerido para acceder a la pensión y para su conservación (art. 167.2 LGSS).

Junto a la ordinaria, la jubilación que actúa como causa extintiva del contrato puede tener asimismo carácter anticipado. Con arreglo a la actual regulación, existen dos modalidades de jubilación anticipada, según intervenga o no la voluntad del trabajador en la causa que la determina y cuyo rasgo común estriba en la aplicación a la pensión de los coeficientes reductores legalmente establecidos (art. 6 RDL-CONVILA, que da nueva redacción al art. 161 bis, apartado 2, LGSS).

De un lado, la modalidad de cese en el trabajo no imputable al trabajador, que exige tener cumplida una edad inferior en cuatro años, como máximo, a la edad de jubilación ordinaria, encontrarse inscrito como demandante de empleo durante un mínimo de los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, acreditar un período de cotización efectiva de 33 años sin cómputo de la parte proporcional de las pagas extraordinarias y cesar en el trabajo como consecuencia de una reestructuración

empresarial que impida la continuidad de la relación laboral por las causas extintivas del contrato de trabajo que la norma legal establece (por ejemplo, despido colectivo).

De otro, la modalidad de cese en trabajo por voluntad del trabajador, para la que éste habrá de tener cumplida una edad inferior en dos años, como máximo, a la edad de jubilación ordinaria, así como acreditar un período de cotización efectiva de 35 años sin cómputo de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Para acceder a esta modalidad es necesario, al tiempo, que el importe de la pensión a percibir supere la cuantía mínima que correspondería al trabajador por su situación familiar cuando cumpliera los 65 años.

De los dos supuestos anteriores debe distinguirse la «prejubilación», situación transitoria hacia la jubilación derivada del mutuo acuerdo extintivo que adoptan las partes del contrato de trabajo al amparo del artículo 49.1, a) ET, aunque nada impide que en convenio colectivo o en despido colectivo se contemple esta posibilidad individualmente pactada. Esta peculiar situación extintiva se instrumenta mediante un contrato de prejubilación concertado «en virtud de una oferta incentivada de la empresa y cuya aceptación depende exclusivamente de la individualizada voluntad del trabajador» (SSTS 28-2-2000 y 25-11-2002). El incentivo de dicha oferta suele consistir en compensaciones económicas y en el pago al trabajador de las cantidades abonadas por éste como consecuencia del convenio especial que suscribe con la Seguridad Social para el mantenimiento del alta y de la cotización hasta el momento en que se produzca su jubilación efectiva.

Por otra parte, recuérdese que la jubilación forzosa ya no opera como causa extintiva del contrato de trabajo cuando la misma se pacta en convenio colectivo (Disp. Adic. 10.ª ET conforme a la Disp. final 4, dos LEMURMEL y Capítulo 8, III, 2, C)].

El reconocimiento de la pensión contributiva que comporta el cese en el trabajo puede tener lugar no sólo en el sistema de la Seguridad Social, sino también en el ámbito de un plan de pensiones a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social, cuando no sea posible el acceso del partícipe del plan a la jubilación establecida en aquel sistema [art. 8.6.*a*) LPFP].

e') Decisión de la trabajadora víctima de violencia de género

Es indiferente que tal decisión pueda deberse a circunstancias producidas en el ámbito laboral (el victimario puede ser trabajador de la misma empresa o de otra vinculada a aquella en que la víctima trabaje) o extralaboral. Lo determinante es que el contrato de trabajo puede extinguirse por voluntad de la trabajadora [art. 49.1.*m*) ET]. No obstante, su sola voluntad no basta para romper la relación, ya que debe acreditar previamente ante la empresa su condición de víctima de violencia de género mediante resolución judicial o, en su caso, informe del Ministerio Fiscal. La operatividad de la causa no precisa de plazo de preaviso, tan sólo de la comunicación a la empresa de su acreditada condición. Al tratarse de causa extintiva derivada de la voluntad de la trabajadora sin intervención alguna del empresario, no existe derecho a indemnización, aunque sí se considera la extinción contractual como situación legal de desempleo [art. 208.1.1.*e*) LGSS], ya que la decisión de extinguir el contrato está directamente condicionada por la violencia que aquélla sufre. En relación con esa constricción de la voluntad, debe señalarse que esta causa de extinción permite a la trabajadora acceder a la modalidad de jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador (art. 161 bis.2 conforme a la LAAMSS).

f') Desistimiento durante el período de prueba

En simetría formal con la correspondiente facultad del empresario, el trabajador puede resolver el contrato por su voluntad desistiendo de su continuidad durante el período de prueba (art. 14.2 ET). Hubo ocasión de señalar que, en términos generales, el trabajador no suele utilizar esta facultad. Pero, si lo hace, debe comunicarlo al empresario de modo indubitado a fin de que su ausencia por esta causa no se considere abandono del trabajo con los consiguientes efectos indemnizatorios anudados al mismo. No es necesario que la comunicación exprese motivación alguna, al no venir exigida por la ley sobre la base de que el desistimiento implica valoración negativa del deber de experimento que constituye el objeto de la prueba.

c) Dependientes de la voluntad conjunta de las partes

a') Causas consignadas válidamente en el contrato

La común extinción de las obligaciones derivada de su cumplimiento (art. 1.156 CC) cuenta con una primera expresión en el contrato de trabajo, en cuya virtud éste puede extinguirse por las causas consignadas válidamente en ese negocio contractual [art. 49.1.*b*) ET], con independencia de la duración del contrato, indefinida o temporal (STS 3-2-2010). Esta causa está referida a la extinción del contrato por cumplimiento de una condición resolutoria incluida en el mismo mediante acuerdo de las partes en el momento de su celebración. La condición puede ser de índole muy variada (por ejemplo, incorporación de trabajador sustituido con derecho a reserva de puesto de trabajo o incumplimiento de un rendimiento mínimo expresamente fijado en el contrato), pero, en todo caso, la ley exige su validez, lo que significa que ha de ser posible y lícita (art. 1.116 CC). En caso contrario, la norma laboral permite establecer la nulidad de la condición y preservar la validez del contrato en lo restante (art. 9.1 ET). Adicionalmente, se exceptúa la validez de la causa consignada cuando la misma constituya «abuso de derecho manifiesto por parte del empresario» [art. 49.1.*b*) ET], salvedad ociosa si se considera que todo abuso de derecho invalida el cumplimiento de las obligaciones a él vinculadas. Con carácter general, se considera abusiva la cláusula que suponga «un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al trabajador» (STS 4-12-2007), como sucede, a modo de ejemplo, con la incorporada al contrato de trabajo de duración indefinida que, sin embargo, prevé su extinción cuando la empresa no cuente con pedidos para la elaboración de sus productos, lo que viene a desnaturalizar dicha duración convirtiéndola en otra de carácter temporal (STS 3-2-2010).

b') Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato

Una segunda manifestación en el contrato de trabajo de la regla común sobre la extinción de las obligaciones como consecuencia de su cumplimiento, es la que cataloga como causa extintiva la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.*c*) ET].

Esta causa alude a la extinción del contrato debido a la fijación inicial por las partes de un término final. A diferencia de la condición resolutoria, el término supone que el contrato se va a extinguir con toda seguridad por el transcurso del tiempo, aunque no siempre sea posible determinar el momento preciso. De ahí que el término pueda estar fijado de forma directa («expiración del tiempo convenido»), o de forma indirecta («realización de la obra o servicio objeto del contrato»).

Con todo, la llegada del término final no provoca siempre la paralela extinción del contrato. Para que ese efecto se produzca es precisa la denuncia del mismo por cualquiera de las partes, que deberá comunicarse con un preaviso de quince días cuando el contrato sea de duración superior al año y sin que, por lo tanto, dicho plazo deba observarse en el caso de que el contrato no alcance esa duración. La inexigencia de una forma concreta para la denuncia permite admitir tanto la escrita como la verbal (SSTS 21-9-19988 y 15-4-1995). La falta de denuncia convierte el contrato de duración determinada en indefinido, salvo que se demuestre la naturaleza temporal del trabajo contratado, presunción *iuris tantum* que viene a desvirtuar la eficacia de esta regla sancionadora. La denuncia formulada por el empresario fuera de ese plazo, origina responsabilidad indemnizatoria, en cuantía equivalente al salario de los días en que el plazo se haya incumplido (art. 8.3 RCT).

La extinción del contrato por cumplimiento del término final pactado, a excepción del contrato de interinidad y de los contratos formativos, genera derecho a indemnización a favor del trabajador, en cuantía equivalente a la parte proporcional de la suma que resulte de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida en la normativa específica aplicable.

c') Mutuo acuerdo de las partes

La voluntad conjunta de las partes del contrato se considera causa de su extinción [art. 49.1.*a*) ET], aunque, en rigor, se trate de un disenso más que de un mutuo acuerdo. Adoptado éste durante la ejecución del contrato, supuesto que esta causa contempla, la ley no exige forma especial (STS 26-1-1984), de modo que la verbal o la escrita son igualmente aceptables, aunque sea preferible la segunda en aras del principio de seguridad jurídica.

Cuando el acuerdo adopta la forma escrita, su expresión más común se refleja en el denominado finiquito, pacto liberatorio que acompaña a la declaración extintiva de la relación laboral por causa legalmente admitida, considerando liquidadas las deudas y obligaciones nacidas de dicha relación.

El efecto liberatorio del finiquito no actúa en caso de abuso de derecho empresarial o de renuncia de derechos indisponibles por parte del trabajador (STS 13-10-1989), por ejemplo, a la estabilidad en el empleo o al pago de créditos salariales ya devengados. No existiendo vicio de consentimiento o actuación ilícita, tal efecto se presume (STS 9-4-1990), pero únicamente en relación con las partidas y conceptos salariales que figuren especificadas en el documento (STS 11-6-2011).

La prevención de esa práctica por vía ilegal, cuenta con varias garantías generales, es decir, que no sólo se aplican a esta causa extintiva, sino a las restantes legalmente admitidas.

La primera es de orden colectivo y atribuye a los representantes de los trabajadores el derecho a conocer «los documentos relativos a la terminación de la relación laboral» [art. 64.4.*b*) ET], referido, no a cada supuesto individual, sino, en lo que aquí importa, al modelo de finiquito utilizado por la empresa, ya que la ley no impone uno determinado (STS 28-2-2000). En un plano individual se inscribe la segunda garantía, que obliga al empresario a acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas cuando comunique al trabajador la denuncia del contrato, con el preaviso que en su caso corresponda (art. 49.2 ET), lo que le permite asesorarse con carácter previo a su firma sobre la regularidad del documento. La tercera garantía tiene carácter mixto, individual y colectivo, ya que faculta al trabajador para solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma del recibo de finiquito —representante que puede tener carácter unitario o sindical—, debiéndose hacer constar en el documento si la firma ha tenido lugar en presencia del representante o bien si el trabajador ha optado por no ejercer esa facultad (art. 49.2 ET). Una última garantía, también mixta, se ocupa de la actuación obstaculizadora del empresario que impide la presencia del representante, en cuyo caso el trabajador puede hacer constar este extremo en el propio recibo, a los efectos oportunos (art. 49.2 ET). Efectos vinculados sin duda a posibles reclamaciones, pero cuyo éxito para anular el contenido del documento es improbable dado el tenor literal del precepto, pues, como señala la doctrina judicial recogiendo una línea reiterada sobre la LRL, la falta de la firma del representante legal no priva de eficacia al finiquito, ya que tal requisito no tiene carácter esencial sin tan sólo *ad probationem* (STSJ Galicia 31-3-1993).

B) Causas objetivas

a) La muerte o la incapacidad del empresario

Estas causas no suponen por sí solas la extinción del contrato [art. 49.1.*g*) ET], de modo que no actúan automáticamente. Su aplicación exige el cese completo de la actividad profesional (SSTS 25-4-2000 y 21-2-2001), ya que si un tercero la continúa o, a su vez, la transmite, el contrato no finaliza, operando el mecanismo de la sucesión de empresa (art. 44 ET). Tampoco se extingue el contrato, si el empresario fallecido o incapacitado es cotitular de la empresa, pues ello no determina necesariamente el cese de su actividad (STS 24-10-1989).

En su aplicación, estas causas no están sometidas, con carácter general, a requisitos específicos de forma y tiempo, aunque en algún caso se requiere comunicación escrita (por ejemplo, acceso a prestación por desempleo) y, en cuanto al tiempo, es criterio judicial la aceptación casuística de un plazo prudencial

entre la existencia de la causa y el cese de la actividad (STS 25-4-2000). La extinción del contrato por cualquiera de ambas causas genera indemnización al trabajador por importe de un mes de salario.

La incapacidad del empresario, a efectos de extinción del contrato, no se declara de forma exclusiva por la Seguridad Social (SSTS 26-4-1986 y 4-10-1988), en cualquiera de sus modalidades contributiva o no. Ello supone que dicha declaración puede llevarse a cabo a través de mecanismos mutualistas de protección social privada e incluso por la vía de resolución judicial del orden civil cuando concurra alguna causa de incapacitación que afecte a la capacidad jurídica de obrar de aquél (arts. 199 y 200 CC).

b) La muerte o la incapacidad permanente del trabajador

El fallecimiento del trabajador es causa de extinción del contrato [art. 49.1.*e*) ET] de modo automático, habida cuenta del carácter personalísimo que dicha relación contractual posee, ya que la posible sustitución de aquél por otro trabajador se ha de instrumentar mediante un nuevo contrato, incluso si media pacto previo de reserva del puesto, caso de ser éste admisible. Al margen de las prestaciones sociales por muerte y supervivencia que correspondan, la muerte del trabajador no comporta indemnización alguna a los herederos, salvo el supuesto de los deportistas profesionales, para cuya relación laboral especial se establece una indemnización a sus beneficiarios por fallecimiento a causa del ejercicio de su actividad laboral por un importe mínimo de seis mensualidades [art. 13.*d*) DDP].

La incapacidad del trabajador que origina la extinción del contrato ha de ser la gran invalidez o la incapacidad permanente total o absoluta [art. 49.1.*e*) ET]. La incapacidad sólo puede ser declarada, por tanto, en el sistema de la Seguridad Social, operando la causa automáticamente para la gran invalidez y la incapacidad absoluta [art. 137.1.*c*) y *d*) LGSS] cuando la resolución administrativa que reconoce la incapacidad es firme (SSTS 2-10-1991 y 11-5-1994).

En el supuesto de incapacidad permanente total para la profesional habitual, que inhabilita al trabajador para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual [art. 137.1.*b*) y 2 LGSS], la firmeza de la resolución administrativa que la declare no implica la extinción automática del contrato, toda vez que la correspondiente pensión vitalicia es compatible con el trabajo que aquél pueda desarrollar en la misma empresa (o en otra distinta, pero en este caso, como es obvio, se extingue su anterior contrato) cuando dicho trabajo no se corresponda con esa profesión habitual (art. 141.1 LGSS) o, con formulación más precisa y vigencia a partir del 1 de enero de 2013, «siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total» (art. 141.1 LGSS conforme a la LAAMSS). En consecuencia, cabe la posibilidad —no la obligatoriedad— de que el empresario acuerde con el trabajador la novación de su contrato para desempeñar un trabajo compatible con dicha situación de incapacidad (STS 12-7-1988).

En congruencia con lo dicho, determinadas situaciones incapacitantes del trabajador no dan lugar a la extinción del contrato:

- La incapacidad temporal, que únicamente es causa de suspensión del contrato [art. 45.1.*c*) ET] en cualquiera de sus modalidades (art. 128 LGSS).
- La incapacidad permanente parcial, que sin alcanzar el grado de incapacidad permanente total, ocasiona al trabajador una disminución, como mínimo, del 33 por 100 en el rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma [art. 137.1.*a*) y 2 LGSS], tampoco extingue el contrato y ni siquiera lo suspende puesto que tal situación no alcanza el grado de incapacidad permanente total. Esta clase de incapacidad, al margen de su posible revisión, puede dar lugar a dos actuaciones. De un lado, a la novación del contrato a fin de acomodar el salario a la disminución del rendimiento derivada de dicha incapacidad, sin que la reducción retributiva supere el 25 por 100 del salario, ni la retribución resultante sea inferior al SMI. Novación a la que puede acudirse en el supuesto de que la incapacidad afecte al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que

desempeñaba con anterioridad y no sea posible ocupar al trabajador en «un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual» [art. 1.1 RD 1.451/1983 y Capítulo 12, III, 1, C)]. De otro, a la extinción por causa objetiva del contrato derivada de ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52.*a*) ET].

- La incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez) cuando la misma es objeto de revisión por previsible mejoría y reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, lo que determina tan sólo la suspensión del contrato, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar de la fecha desde la resolución en la que se declare la incapacidad permanente [art. 48.2 ET y Capítulo 13, II, 2, D)].

Por último, hay que tener en cuenta que los trabajadores en situación de invalidez permanente total o absoluta, tienen una preferencia incondicional para su readmisión en la última empresa en la que trabajaron (esto es, en la que extinguieron su contrato en virtud de dichas situaciones), si después de haberse sometido a procesos de recuperación profesional, bien recuperan su plena capacidad laboral (*rectius* aptitud), bien su incapacidad queda reducida a una permanente parcial. La readmisión debe ser solicitada dentro del mes siguiente a la fecha de declaración de aptitud por el correspondiente organismo [arts. 2.1 y 2.2 RD 1.451/1983 y art. 3.1 RD 1.451/1983].

II. DESPIDO DISCIPLINARIO

1. Concepto y caracteres

La norma laboral no suministra una noción completa del despido disciplinario (art. 54.1 ET). Su concepto puede trazarse sin embargo a la luz de su regulación, identificándolo con la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario en el ejercicio de su poder sancionador y fundada en justa causa ante un incumplimiento contractual, grave y culpable del trabajador (art. 54.1 ET).

Junto a los rasgos que caracterizan todo tipo de despido, ya estudiados (resolución causal del contrato de trabajo decidida usualmente por voluntad constitutiva del empresario), existen ciertos elementos de esta clase de despido que lo singularizan: unilateralidad sancionadora, contractualidad y causalidad equitativa.

A) Unilateralidad sancionadora

El despido disciplinario no se configura como expresión del mecanismo resolutorio de las obligaciones recíprocas en caso de que uno los obligados no cumpla con lo que le incumba (art. 1.124 CC). Su alcance es mayor en cuanto que faculta al empresario para resolver por sí mismo la relación contractual, sin necesidad de obtener la autorización o la confirmación de un tercero, sea éste la autoridad administrativa o la judicial. Ello implica la ruptura autónoma y constitutiva de la relación de trabajo por el empresario, que ni siquiera se desvirtúa inicialmente en los casos de despido nulo (SSTS 7-12-1990 y 17-5-2000), aunque, claro está, la relación recupere en estos casos su vigencia y efectos anteriores al despido a partir de la resolución judicial. Esta exorbitante facultad se funda en el carácter de sanción privada que posee sin duda el despido disciplinario, calificativo utilizado por la norma estatutaria (art. 54.1 ET) que revela con claridad dicho carácter. Y ello pese a la imprecisión que, en ocasiones, muestra la propia ley laboral. Ejemplo palmario de la misma lo suministra el Capítulo II del Título II LJS cuya denominación «De los despidos y sanciones» provoca el equívoco conceptual de considerar que los primeros quedan al margen de las segundas, cuando, en realidad, constituyen una especie de éstas.

B) Contractualidad

Para que pueda ser objeto de despido disciplinario, la conducta del trabajador debe estar referida a su relación contractual de trabajo, incidiendo negativamente en la ejecución de su prestación laboral por incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la misma. A este respecto y con carácter ejemplar, el artículo 5 del Convenio OIT 158/1982 enumera distintos motivos que no constituyen causa justificada para la conclusión del contrato de trabajo por iniciativa del empleador por resultar ajenos a dicha relación contractual, tales como la afiliación a un sindicato, ser representante legal de los trabajadores, la raza, el color, el sexo, el estado civil o la ausencia del trabajo por enfermedad o maternidad. Tampoco es causa que pueda sostener este despido el decidido como reacción o represalia frente al legítimo ejercicio por el trabajador de las acciones derivadas de su contrato de trabajo, como son, por ejemplo, las relacionadas con su derecho a la tutela judicial efectiva [arts. 4.2.*g*) ET y 24.1 CE], precisamente porque se ejerce un derecho sin incumplir obligación contractual alguna (STC 14/1993).

C) Causalidad equitativa

El ejercicio del poder sancionador empresarial mediante el despido disciplinario está limitado por la necesidad de expresa tipificación normativa de las causas que lo justifican, aspecto sobre el que después se volverá. Ahora interesa subrayar que la configuración legal de dichas causas y su aplicación han de obedecer a un criterio de justicia, admitido expresamente, como se vio, para todo tipo de despido por la doctrina constitucional [*supra* I, 1, A)]. La justeza de la causa opera, en primer lugar, en su diseño legal. Por ejemplo, sería radicalmente injusta —además de nula— por vulnerar el principio de igualdad o de tratamiento equitativo, el precepto que admitiera como causa de despido disciplinario del trabajador el hecho de no poseer la nacionalidad española (arts. 14 CE y 17.1 ET). El componente de justicia que de forma necesaria debe calificar dicha causa afecta, en segundo término y en el terreno aplicativo, a las circunstancias legales que han de concurrir en su calificación, identificadas en la ley con la gravedad y la culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador.

La gravedad del incumplimiento se delimita en función de la trascendencia que éste tenga, pero su ilicitud debe dosificarse mediante la teoría gradualista, conforme a la cual es necesario considerar todas las circunstancias objetivas y subjetivas que en cada caso concurran, ya que «los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción» (STS 20-2-1991) «con pleno y especial conocimiento del factor humano» (STS 3-3-1986). La norma estatutaria recoge algunas circunstancias denotativas de la gravedad [por ejemplo, faltas «repetidas» de asistencia o puntualidad al trabajo: art. 54.2.*a*) ET], pero su valoración ha de tamizarse bajo parámetros de justicia y consecuente sometimiento a los principios de proporcionalidad y adecuación. Así, una sola ausencia al trabajo no puede, en términos generales, provocar el despido disciplinario, salvo que en la misma concurran circunstancias de carácter excepcional que permitan calificarla de grave (cirujano que, sin justificación alguna, no acude a una operación urgente y cuya postergación supone riesgo cierto para la vida o la integridad física del paciente).

Por su parte, la culpabilidad requiere la atribución de la conducta incumplidora al trabajador a título de dolo o de negligencia inexcusable, lo que presupone imputabilidad (SSTS 27-11-1984 y 2-4-1992). De aquí que deban de concurrir en el trabajador ciertos elementos: capacidad de culpabilidad (pueden excluirla, por ejemplo, la edad o la enfermedad…), conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y exigencia de un comportamiento distinto al realizado (no se produciría, por ejemplo, si el trabajador falta al trabajo con reiteración por participar en huelga legal). En todo caso, la doctrina constitucional, rectificada y controvertida, señala que el derecho a la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito del despido disciplinario, al ceñirse en exclusiva al terreno del proceso penal en el que rige el *ius puniendi* del Estado y no en el proceso laboral, sujeto al principio dispositivo (STC 81/1988 y 27/1993).

Adviértase, por lo demás, que la justicia en que la causa ha de fundarse es cuestión de fondo independiente de la necesaria justificación formal que en cada caso de despido debe sustentar la causa o causas esgrimidas para decidirlo, cuestión que debe estudiarse respecto de las distintas clases de despido.

2. Causas

Como todo despido, el disciplinario ha de obedecer a una justa causa normativamente tipificada. La norma laboral suministra un catálogo de causas aparentemente cerrado (art. 54 .2 ET) pero realmente abierto, pues, al margen de la enumeración recogida en este precepto, otros textos normativos contemplan también causas que pueden fundar este tipo de despido por incumplimientos laborales del trabajador (arts. 16 DLRT en materia de conflictos colectivos y 29.3 LPRL respecto de la prevención de riesgos laborales). En todo caso, la tipificación de la causa de despido ha de realizarse mediante norma con rango de ley al tratarse de la sanción privada de mayor trascendencia y gravedad que puede imponerse al trabajador e incidir con enorme intensidad en su proyecto vital y en el desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

Ciertamente, la seguridad jurídica que preside la tipificación de las causas puede debilitarse mediante su amplia formulación por la norma legal. De aquí la relevante función complementaria y delimitadora que está llamado a cumplir el convenio colectivo en punto a la graduación de las faltas y sanciones laborales (art. 58.1 ET), cometido que en ningún caso puede suplir la inicial función tipificadora de la ley (STSJ Cataluña 10-5-1996).

Relevancia singular tiene la sujeción del empresario al principio de igualdad en el ejercicio del poder disciplinario, en especial, dada su entidad, en el despido disciplinario. El principio de igualdad limita ese poder obligándole a aplicar las sanciones con similar criterio respecto de similares incumplimientos contractuales de los trabajadores, teniendo en cuenta, no obstante, que la sujeción a dicho principio exige, a efectos del artículo 14 CE, que las conductas sancionables puedan encuadrarse en alguna de las causas de discriminación prohibida (STC 198/2004).

La clasificación de las causas del despido disciplinario puede efectuarse sobre el criterio del deber contractual que el trabajador incumple, de forma que cada incumplimiento actúa como causa justificada de ese despido.

A) Incumplimiento del deber de trabajar

De modo genérico, la norma estatutaria contempla como deber del trabajador el de «realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 ET). Diversas conductas del trabajador pueden infringir este deber.

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

Incorporadas al artículo 54.2.*a*) ET, estas faltas suponen el incumplimiento del primordial y genérico deber de trabajar mediante una injustificada reducción unilateral del tiempo de trabajo obligatorio y, con ella, de la propia prestación laboral. Integran esta causa tanto la impuntualidad (llegar tarde al trabajo, marcharse antes de que finalice la jornada laboral, realizar salidas intermitentes), como la inasistencia (no acudir al trabajo). La configuración de las faltas responde a un doble elemento, cuantitativo y causal.

a') Elemento cuantitativo. Requiere que las faltas sean reiteradas, esto es, que exista una frecuencia mínima en la impuntualidad o inasistencia que se estime suficiente para incidir de modo grave y culpable en la buena marcha de la actividad laboral, por lo que una sola falta no permite despedir por esta causa (SSTS 2-6-1986 y 20-5-1987). Los convenios colectivos, complementando el ET, suelen especificar y cuantificar el número de faltas de puntualidad o asistencia y su escalonamiento en orden a la mayor o menor gravedad de las mismas. Presentan, en este sentido, una gran variedad en su regulación, que atiende

a la actividad desarrollada, a la libertad de actuación del trabajador en el desempeño de su cometido y a la repercusión de las faltas sobre el proceso productivo (STS 27-3-1990). Si las normas sectoriales no establecen esa cuantificación, es el órgano judicial el que, atendiendo a la pretensión planteada, determina la existencia o no de aquella reiteración ponderando las circunstancias concurrentes bajo criterios de razonabilidad (STSJ Andalucía/Málaga 5-9-1991).

b') Elemento causal. Las faltas que integran este incumplimiento han de ser injustificadas, Tal es el caso del trabajador que, utilizando el permiso para el desempeño de funciones sindicales, sin acreditar causa que lo justifique sobrepasa el crédito de horas asignado [arts. 37.3.*e*) y 68.*e*) ET], o del trabajador que elige y disfruta su período de vacaciones al margen del establecido convencional o contractualmente (art. 38.2 ET). Recuérdese, a este propósito, que la inasistencia del trabajador debida a interrupción o suspensión lícitas de su relación contractual de trabajo justifican sus ausencias e impiden, por lo tanto, aplicar cualquier tipo de sanción fundada en las mismas.

b) La embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo

Tipifica este incumplimiento el artículo 54.2.*f*) ET considerando la negativa repercusión que el mismo puede tener en el trabajo, ya sea por una disminución en el rendimiento —lo que enlaza también con otra causa que seguidamente se verá—, ya sea por la posibilidad de producción de un mayor número de accidentes o lesiones. Pero, en ambos casos, se incumple ante todo el deber de trabajar, sin perjuicio de que, de manera refleja, quede afectado también el rendimiento o, incluso, la integridad psíquica o física del propio trabajador y de los restantes trabajadores con los que se relacione.

Para ambas causas se exige habitualidad, es decir, la demostración de que el estado de embriaguez o la toxicomanía del trabajador viene produciéndose con frecuencia, que no es esporádico u ocasional, pues en tal caso procederá imponer una sanción inferior.

Por embriaguez habitual, la jurisprudencia mayoritaria viene entendiendo (desde la STS 3-6-1963) pura y simplemente el alcoholismo, pese a que éste se reconoce explícitamente como una enfermedad, lo que, sin duda, constituye una interpretación regresiva que, sin embargo, permanece invariable. En todo caso, respecto de esta patología la finalidad del tipo no se refiere a beber de manera habitual, sino a la embriaguez habitual (STSJ Cataluña 17-1-1995).

La toxicomanía, esto es, «el hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor» (DLE), integra los supuestos de drogodependencia referidos a las drogas no etílicas (ya que el alcoholismo es también una toxicomanía). Superada la doctrina judicial que equiparaba la toxicomanía al mero consumo de drogas (STCT 15-4-1986), debe entenderse que el simple uso no patológico u ocasional de dichas sustancias queda fuera de esta causa de despido, puesto que la toxicomanía es habitual por definición (STS 3-11-1988).

La aplicación de estas causas de despido sólo es viable «si repercuten negativamente en el trabajo». Esta incidencia exige la demostración de que el deber de trabajar queda total o parcialmente incumplido, con incidencia o no en el rendimiento exigible. A este respecto ha de valorarse muy especialmente el tipo de actividad profesional y de funciones a desarrollar en orden a la calificación de la conducta del trabajador y su sanción disciplinaria. Por ejemplo, el dintel de gravedad del incumplimiento es mucho más exigente en la embriaguez habitual del conductor de un vehículo de transporte público de pasajeros (STSJ Madrid 18-7-1989) que en la del trabajador relaciones públicas en una sala de fiestas.

c) La participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal del trabajo

Esta causa de despido disciplinario aparece, de modo autónomo (art. 16 DLRT), al margen del catálogo recogido en el artículo 54.2 ET. Lo que, según se vio, es jurídicamente admisible ya que ese precepto no pretende establecer un elenco cerrado de incumplimientos que operan como causas de despido disciplinario.

No obstante, la jurisprudencia, con la pretensión de que el artículo 54.2 ET conserve un carácter tasado que desmiente su número 1, ha reconducido generalmente esta causa a la prevista en el apartado *a*) de dicho artículo 54.2, aunque en otras ocasiones más aisladas también la ha subsumido en los apartados *b*) y *d*) del propio precepto y número.

En todo caso, esta causa de despido sólo es aplicable a los trabajadores que hayan participado activamente en la huelga o en el conflicto colectivo ilegales (por ejemplo, por falta de preaviso en caso de huelga) o se nieguen a prestar los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga. Debe remarcarse que, de acuerdo con la doctrina gradualista, no toda participación en huelga declarada judicialmente ilegal integra este incumplimiento, sino únicamente la participación activa en la misma. En este sentido, la jurisprudencia considera como participantes activos en la huelga o el conflicto colectivo ilegales a los trabajadores que hubieran promovido, instigado o inducido el conflicto y que, por consiguiente, aparecen con un comportamiento singularizado o individualizado respecto de los restantes trabajadores que únicamente se adhieren al conflicto ya promovido (STS 17-4-1986).

B) Incumplimiento del deber de disciplina

Esta causa sanciona la indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 54.2.*b*) ET], en virtud del deber de obediencia que obliga contractualmente al trabajador a «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5.*c*) ET]. Integran la causa tanto la indisciplina (contravenir el genérico poder de dirección y organización empresarial: negativa a seguir la programación general del trabajo), como la desobediencia (no acatamiento de las órdenes e instrucciones específicas del empresario). La distinción legal es, en buena medida, artificiosa, ya que, en términos jurídicos, la desobediencia es una forma específica de indisciplina respecto de los mandatos establecidos por quien tiene conferido el poder legal de impartirlos.

La gravedad de la conducta debe manifestarse a través de una resistencia decidida y reiterada al cumplimiento de las reglas, órdenes o instrucciones de la empresa (SSTS 9-6-1987 y 19-12-1988). En todo caso, la apreciación de esta causa exige, como acaba de señalarse, que las órdenes e instrucciones impartidas al trabajador e incumplidas grave y culpablemente por éste, lo sean en el legítimo y regular ejercicio de las facultades empresariales derivadas del poder directivo.

Una línea jurisprudencial ha venido considerando que la orden empresarial adoptada por quien tiene competencia para ello en la estructura jerárquica de la empresa goza de presunción de legitimidad y ha de ser cumplida en todo caso por el trabajador, sin perjuicio de poder reclamar contra la misma ante los órganos administrativos o judiciales correspondientes (STS 26-2-1985). Sin embargo, este criterio judicial queda superado por otro de mayor ponderación y equilibrio, en el sentido de que el trabajador puede desobedecer (*ius resistentiae*) la orden empresarial cuando exista una causa de justificación para tal desobediencia. Dicha causa puede fundarse en la irregularidad de la orden empresarial, es decir, cuando concurran en la misma circunstancias de riesgo grave en su ejecución, ilegalidad, arbitrariedad, abuso del poder de dirección o resulte vejatoria para el trabajador (SSTS 28-11-1989 y 25-4-1991). Ejemplos de órdenes empresariales que justifican tal desobediencia son, entre otras, la realización de horas extraordinarias no pactadas en convenio ni en contrato; la imposición de una jornada laboral que sobrepasa la establecida sin seguir el procedimiento del artículo 41 ET o la imposición de una tarea correspondiente a categoría profesional inferior sin manifestar al trabajador justificación alguna.

Contrariamente, otras conductas merecen la consideración de faltas de disciplina o desobediencia, tales como la negativa a cumplir una orden lícita de desplazamiento, con consecuencias perjudiciales para la empresa (STS 3-1-1990) o la negativa de un vigilante jurado a prolongar la jornada a pesar de la comisión de un robo en las instalaciones de la empresa (STS 22-11-1989).

C) Incumplimiento del deber de convivencia laboral

De modo expreso, la norma no establece el deber de convivencia laboral. Pero no es dudoso que dicho deber existe, ya que se infiere con claridad de dos de las causas de despido disciplinario enderezadas a sancionar su incumplimiento.

a) Las ofensas verbales o físicas al empresario, a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos

El bien jurídico protegido por el artículo 54.2.*c*) ET al tipificar estas ofensas como causa de despido disciplinario puede ser, de forma indirecta, el mantenimiento de la disciplina en la empresa (orden vertical) cuando tales ofensas la socaven. Pero, en todo caso, directamente, lo que se pretende es preservar la convivencia laboral (orden horizontal).

Son sancionables tanto las ofensas de palabra como las realizadas mediante escrito, que suelen revelar mayor gravedad, señaladamente si al escrito se le da publicidad (STS 28-3-1984), así como las ofensas físicas. Por consiguiente, las ofensas graves y culpables a la dignidad, al honor y a la propia imagen de las personas a que se refiere el precepto o las lesiones y agresiones físicas a dichas personas integran el supuesto de hecho de esta causa de despido. Por tanto, en esta causa se han venido incluyendo entre otros supuestos, hasta la Ley 62/2003, los distintos tipos de acoso laboral, incluido el acoso moral, creador de un ambiente laboral intimidatorio, humillante u ofensivo, mediante el hostigamiento y asedio, sistemático y reiterado, del acosado con el propósito de socavar su dignidad e integridad moral.

Comportamientos tales como las retenciones forzosas de empresarios y directivos con ocasión de huelga con ocupación del lugar de trabajo (STS 1-10-1982), difundir en los medios de comunicación noticias falsas o tendenciosas que conducen al desprestigio de la empresa (STS 14-10-1982) o las agresiones, verbales o físicas, de carácter sexual a los compañeros de trabajo, sean jerárquicamente superiores o no [aunque esta última conducta tiene autonomía causal en el art. 54.2.*g*) ET a partir de la Ley 62/3003]. Recuérdese, a este respecto, que el artículo 4.2.*e*) ET, reconoce a los trabajadores en su relación laboral el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. Las ofensas verbales requieren *animus iniuriandi*, esto es, intención de ofender (STS 28-2-1990), no la simple manifestación de disgusto o desagrado en términos incorrectos (STS 20-6-1985). Las ofensas físicas no exigen en todo caso el contacto de esta naturaleza, bastando, por ejemplo, ejercer violencia sobre las pertenencias del empresario (STS 23-9-1982) o amenazar con un arma (STSJ Aragón 22-9-1993).

No se exige la reiteración, bastando con una ofensa de carácter grave, valorada de acuerdo con las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran en el comportamiento ofensivo, para integrar el supuesto de hecho del precepto. La gravedad ha de ser valorada desde una perspectiva laboral, por lo que no es preciso que el hecho sea constitutivo de delito o falta en el ámbito penal, ya que los estándares de conducta exigidos contractualmente no son los mismos en todo caso que los exigidos socialmente en orden a la convivencia general o ciudadana.

La gravedad laboral de las opiniones vertidas por el Comité de Empresa suele atenuarse conforme a lo dispuesto al efecto por el artículo 68.*d*) ET, en cuya virtud dicho órgano de representación unitaria de los trabajadores goza de la garantía específica de «expresar colegiadamente con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación». Por tanto, si bien el Comité está sujeto en cuanto a su libertad de expresión a los límites generales derivados del necesario respeto a la dignidad, al honor y a la propia imagen de empresario y del personal de la empresa y familiares que convivan con ellos, el contenido de esa libertad es más amplio «dado que las garantías de que goza tienden a proteger su independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones representativas» (STS 21-12-1984).

b) El acoso discriminatorio y el acoso sexual

Contemplada de forma independiente en el artículo 54.2.*g*) ET e introducida por la Ley 62/2003, esta causa califica como incumplimiento del trabajador «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa», ratificando el art. 35.6 LEGEDIS (en relación con los arts. 2, f) y 63 de la propia norma) la consideración «en todo caso» de acoso discriminatorio al realizado por razón de discapacidad. Se recoge así una manifestación específica de algunos de los comportamientos ofensivos antes incluidos en el artículo 54.2.*c*) ET. Con todo, la autonomía de esta nueva causa no es completa, dado que el artículo 54.2.*g*) ET sólo acoge el acoso discriminatorio y el acoso sexual, de modo que el acoso moral ha de seguir reconduciéndose a la causa del artículo 54.2.*c*) ET.

Comparten los tipos de acoso laboral ahora examinados con aquellos otros comportamientos la consideración de conducta que perturba la convivencia pacífica en la empresa, pudiendo, al mismo tiempo, vulnerar la disciplina en ella, aunque este componente no es exigido por el tipo de infracción que el precepto estatutario acoge. Pero se separan notoriamente de tales comportamientos en cuanto a su específica finalidad, puesto que estos tipos de acoso, aunque suponen también, como sucede con el acoso moral, la creación de un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo para el acosado, están guiados por un propósito bien de infligirle un trato desigual injustificado o una desventaja particular fundados en factores de discriminación prohibida (acoso discriminatorio), bien de obtener favores sexuales no consentidos, lesionando así su libertad sexual (acoso sexual).

D) Incumplimiento del deber de diligencia

La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado constituye causa de despido disciplinario [art. 54.2.*e*) ET], como máxima sanción ante el incumplimiento del deber de diligencia que pesa sobre el trabajador [arts. 5.*a*) y 20.2 ET].

Su aplicación exige, en primer lugar, que la disminución del rendimiento sea voluntaria, esto es, atribuible al trabajador. Esta específica exigencia es redundante, pues el incumplimiento contractual del trabajador ha de ser en todo caso culpable (art. 54.1 ET). La exigencia de voluntariedad en el comportamiento del trabajador excluye de esta causa tanto los motivos ajenos al mismo que no implican incumplimiento alguno por su parte (falta de materias primas, retraso del empresario en darle trabajo por impedimentos imputables a éste conforme al art. 30 ET), como los motivos basados en un incumplimiento no voluntario, ni por tanto culpable, del trabajador [ineptitud sobrevenida con posterioridad a su ingreso en la empresa, falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, que integran supuestos de despido por causas objetivas de acuerdo con el art. 52.*a*) y *b*) ET].

En segundo lugar, se requiere que la disminución del rendimiento sea continuada. La gravedad del incumplimiento voluntario del trabajador reside precisamente en que tal disminución sea permanente, no tan sólo esporádica u ocasional. Los convenios colectivos suelen establecer la duración de la conducta de bajo rendimiento que se estima como continuada. De no ser así, tal determinación se efectúa por el órgano de la jurisdicción social que conozca del correspondiente proceso por despido.

En tercer lugar y estrechamente vinculado a la anterior exigencia, debe existir un elemento comparativo a fin de determinar el rendimiento por debajo del cual cabe apreciar la disminución sancionable con el despido. La norma estatutaria establece que ese rendimiento de contraste es el «normal o pactado». El «normal» puede ser el acostumbrado, es decir, el «obtenido por trabajadores de la misma categoría profesional que desarrollan análogas funciones» (SSTS 25-1-1988 y 17-5-1991) o el rendimiento anteriormente alcanzado por el propio trabajador (STS 25-3-1989). En aras de una mayor seguridad, tal rendimiento suele determinarse también por los convenios colectivos. También es posible pactar en el contrato un rendimiento superior al normal o al fijado en convenio colectivo, siempre que el que se exija

no sea desmesurado y exista contraprestación retributiva (STS 23-2-1990), ya que en tal caso el pacto constituiría una condición resolutoria abusiva y, por tanto, nula conforme al artículo 49.1.*b*) ET.

E) Incumplimiento del deber de buena fe

La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.*d*) ET], configuran causas del despido disciplinario en cuando suponen un incumplimiento del deber general de buena fe del trabajador [arts. 5.*a*) y 20.2 ET]. Se trata de causas de muy amplios contornos, un auténtico molde genérico que posibilita considerar sancionables como despido comportamientos muy diversos del trabajador. Esa amplitud explica que, a su amparo, se produzca el mayor número de despidos disciplinarios. Aunque aparecen unificadas, artículo 54.2.*d*) ET contempla, en realidad, dos causas de este despido, la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza.

a) La buena fe es un patrón de conducta social que exige el acomodo a un imperativo ético-jurídico históricamente condicionado. En cuanto principio general, el de buena fe reclama que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias del mismo (art. 7.1 CC). Esta función limitadora del principio se traduce en excluir del ejercicio de los derechos la conducta desleal o deshonesta, lo que no es incompatible, en modo alguno, con la admisión del conflicto estructural de intereses que atraviesa el contrato de trabajo y de sus expresiones coyunturales legalmente canalizadas. En ese contrato, la buena fe comporta para el trabajador el cumplimiento leal de las obligaciones que asume mediante el acuerdo contractual.

La amplitud de esta subcausa ha permitido, así, sancionar con el despido disciplinario transgresiones propias de la buena fe (trabajador que realiza trabajos para su propio beneficio dentro del propio centro de trabajo, actuaciones delictivas que producen un perjuicio económico a la empresa, utilización de un permiso retribuido con fines distintos para los que se concede...). Pero también se han sancionado con base en esta causa otros comportamientos graves y culpables del trabajador que no tienen específico encaje en ninguna de las causas reguladas en el artículo 54.2 ET. Así, la falta de la colaboración debida del trabajador que exige el artículo 20.2 ET (reiterada realización de trabajos defectuosos, de forma deliberada o no, trabajador que dificulta o impide que otros compañeros realicen adecuadamente sus cometidos), la concurrencia desleal rehusada por el artículo 21.1 ET o, según se señaló, la participación activa en huelga ilegal.

b) Por lo que respecta al abuso de confianza, éste constituye una específica lesión de la buena fe (STS 21-2-1987). De acuerdo con ello, la jurisprudencia entiende que existe tal abuso cuando el trabajador aprovecha para realizar un incumplimiento contractual grave y culpable su autonomía en el desarrollo del trabajo, las dificultades de control por parte del empleador o la facilidad de acceso a datos o bienes de éste (STS 14-1-1985). De ahí que el abuso de confianza suela apreciarse sobre todo en trabajadores que ocupan cargos de confianza (altos cargos directivos), que prestan servicios fuera de la empresa (representantes de comercio) o que prestan sus servicios en el domicilio del empleador (servicio del hogar familiar).

c) La doctrina científica ha señalado, con acierto, que tras la entrada en vigor de la CE no puede mantenerse una línea jurisprudencial anterior a la misma que venía aplicando un concepto sumamente elástico de la buena fe contractual, entendiendo que el trabajador se encontraba sometido a un genérico y especialmente intenso deber de lealtad hacia el empresario, desbordándose así la ordinaria exigencia de la buena fe en la relación patrimonial de cambio que el contrato de trabajo representa. Este criterio judicial no se compadece con el alcance de la buena fe en el contrato de trabajo a la luz de la doctrina constitucional, de acuerdo con la cual «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional» (STC 120/1983). En coherencia con esta doctrina, el propio ET se encarga de establecer, al hilo de la regulación del poder directivo empresarial, que «En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe» (art. 20.2 ET).

3. Requisitos

La extrema sanción que el despido disciplinario representa, precisa del cumplimiento empresarial de determinados requisitos condicionantes de su validez y efectos, bajo la finalidad de garantizar los derechos del trabador, tanto sustantivos como procesales.

A) De forma

Consciente de la trascendencia para el trabajador del despido disciplinario, la norma estatutaria configura este tipo de despido como un acto marcadamente formalizado. En la regulación de la forma del despido disciplinario, además de la ley también el convenio colectivo puede desempeñar un importante papel. En consecuencia, debe distinguirse entre la regulación legal y la regulación convencional de la forma de este despido.

a) Regulación legal

a') Notificación del despido

El empresario, debe notificar por escrito al trabajador su decisión de despedirle por motivos disciplinarios (art. 55.1 ET). El documento en el que se contiene la declaración empresarial de despedir por estos motivos suele denominarse carta de despido, si bien nada obliga a utilizar esta expresión en la notificación del despido. Rehúsa así la norma estatutaria la formula del expediente previo al despido que rigió hasta 1956 en las Reglamentaciones de Trabajo y, con brevedad en la LRL (art. 34.2), y enlaza con las normas posteriores que sólo exigían la comunicación escrita (arts. 9 RDL 18/1976 y 4.1 DLRT). La regla se invierte para el personal laboral de la Administración Pública, en cuyo caso se requiere la tramitación del procedimiento previamente establecido respecto de la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves (art. 98.1 EBEP). En todo caso, el acto del despido disciplinario es, como todo despido, un acto recepticio, por lo que la carta de despido debe hacerse llegar necesariamente al trabajador destinatario de esta sanción por cualquier medio de notificación hábil, a fin de que el mismo pueda tener completo y cabal conocimiento de la misma.

Por otra parte, la jurisprudencia entiende que la garantía contenida en el artículo 7 del convenio de ella OIT 158/1982, estableciendo que no debe darse por terminada la relación de trabajo por motivos relacionados con la conducta del trabajador «antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad», ya está cubierta en nuestro ordenamiento por el artículo 55.1 ET (STS 4-11-1987), bien a través de la propia carta de despido que permite impugnarlo ante el juez social, bien mediante el obligado acto de conciliación previo a la impugnación judicial. No obstante, este criterio judicial resulta cuestionable porque el artículo 11 del citado Convenio prescribe el derecho del trabajador «cuya relación laboral vaya a darse por terminada… a un plazo de preaviso razonable». Tan sólo se exceptúa ese derecho en el supuesto de que el trabajador «sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso» (por ejemplo, agresión física constatada o drogadicción constatada que pone en peligro la vida o integridad de terceros). Por ello, salvo esta excepción, resulta evidente que en dicho precepto el plazo de preaviso ha de respetarse con anterioridad a la notificación del acto de despido, ya que dicho acto es, como se vio, constitutivo y, por tanto, extintivo de la relación laboral, sin perjuicio del posible restablecimiento de la relación en vía judicial.

b') Constancia de hechos y fecha

En la carta de despido debe hacerse constar «los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos» (art. 55.1 ET).

Por lo que hace a los acaecimientos, no se exige la expresa mención del precepto o preceptos infringidos, pero sí es necesario que los hechos sean descritos de tal forma que permitan al trabajador conocer exactamente los motivos de su despido, de modo que quede asegurada la posibilidad de defensa (SSTS 14-5-1987 y 15-1-1991). Por consiguiente, aunque no se exige el detalle en la descripción de las conductas imputadas, no basta con la sola invocación del tipo legal que se considere infringido, sino que se requiere la especificación en la carta de despido de la concreta falta o faltas que se imputen al trabajador a fin de que éste pueda identificarlas y articular su defensa jurisdiccional (SSTS 30-10-1989 y 22-2-1993).

No preceptúa la norma la necesidad de que la fecha del despido coincida con la fecha de la carta mediante la que se notifica la sanción. Pero la concreción de la primera reviste la máxima importancia para determinar con precisión el cómputo del plazo de la acción por despido disciplinario; plazo que caduca a los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se haya producido (arts. 59.3 ET y 103.1 LJS). Respecto del cómputo de dicho plazo existen tres posibilidades:

1.ª Que la carta se reciba antes de la fecha señalada en la misma para la efectividad del despido o que se reciba en esa misma fecha. En este caso, la fecha inicial que debe tomarse para el cómputo del plazo será la señalada en la carta para la efectividad del despido.

2.ª Que la carta se reciba después de la fecha señalada en la misma para la efectividad del despido. En este supuesto la fecha inicial para dicho cómputo será la del día en que se reciba la carta.

3.ª Que la carta no se remita, que el trabajador sea despedido verbalmente y que haya dejado de trabajar. Aquí la fecha inicial para el cómputo será aquella en que real y efectivamente se ha dejado de trabajar. Ello al margen de que, en este caso, el despido pueda declararse improcedente por defectos de forma.

c') Requisitos en materia de relaciones colectivas de trabajo

a") El despido disciplinario de los representantes legales de los trabajadores cuenta con un requisito adicional que, al tiempo, actúa como garantía específica añadida a las anteriores. Consiste en la incoación de expediente contradictorio, previo al despido, con obligada audiencia del representante y de los restantes miembros del órgano de representación al que aquél pertenezca [arts. 55.1, 68.*a*) ET, 10.3 LOLS y 37.1 LPRL]. La audiencia supone que el representante puede formular alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que considere adecuadas para su defensa. La garantía alcanza también a los representantes electos antes de tomar posesión, así como a los candidatos proclamados hasta tanto concluya el proceso electoral (STS 18-2-1997), sin que se prolongue al año siguiente al término del mandato (STS 14-2-1997).

b") El despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato requiere la previa audiencia de los Delegados Sindicales, siempre que al empresario le conste la condición de afiliado de dicho trabajador (arts. 55.1 ET y 10.3 LOLS). Este requisito supone una garantía reforzada frente al poder disciplinario empresarial, cuyo ejercicio abusivo puede incidir con mayor intensidad en dichos trabajadores.

c") Por tratarse de una sanción muy grave, el empresario debe informar de los despidos disciplinarios a los representantes unitarios de los trabajadores (art. 64.1.7 ET). En rigor, este deber no constituye requisito de validez del despido, sino garantía para el control colectivo de su regularidad. Su incumplimiento lleva aparejada una infracción grave en materia de relaciones laborales colectivas (art. 7.7 LISOS).

d') Carencia de requisitos formales

El incumplimiento de alguno o algunos de los referidos requisitos formales, con la salvedad del deber de información al que acaba de aludirse, determina la declaración judicial de improcedencia del despido por razones de forma (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS), efecto modificado con reducción de garantías para el

trabajador por LRET ya que, con anterioridad a esta norma, el referido incumplimiento comportaba la nulidad del despido. A fin de evitar la declaración de improcedencia, el empresario que haya incumplido alguno de los requisitos formales, puede realizar un nuevo despido, fundado en la misma causa (es decir, en los mismos hechos), en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente al primer despido y siempre que ese nuevo despido se realice antes de la interposición de la demanda contra ese primer despido por parte del trabajador (art. 55.2 ET y STS 1-10-1990). Dicho plazo tienen naturaleza civil, no procesal, de modo que su cómputo se efectúa por días naturales (STS 10-11-2004). En este supuesto, el empresario debe abonar al trabajador el salario de los días intermedios (los transcurridos entre el primer despido y el segundo) y mantener el alta del mismo en la Seguridad Social durante dicho período intermedio.

Para mayor certeza de que el primer despido deja de tener efectos, el ET establece que el segundo despido «surtirá efectos desde su fecha», lo que se explica a fin de no perjudicar el cómputo del plazo de caducidad para impugnar el despido, ya que, si el segundo despido surtiese efectos retroactivos desde la fecha en que se notificó el primero, dicho plazo habría comenzado a transcurrir en perjuicio del derecho de defensa del trabajador. De este modo, el segundo despido deja sin efecto el plazo de caducidad del primero y abre un nuevo plazo de caducidad para recurrir.

b) Regulación convencional

Mediante convenio colectivo pueden establecerse otros requisitos formales para el despido disciplinario (art. 55.1 ET). De este modo, el convenio colectivo cumple de ordinario en este terreno su clásica función de suplementariedad, mejorando la regulación legal, que se configura como derecho necesario relativo (STS 3-6-1988) en este caso estableciendo mayores garantías procedimentales para este tipo de despido. Por ejemplo, sujetando todo despido disciplinario a la apertura de expediente contradictorio con audiencia del trabajador inculpado o de un trámite de audiencia. El incumplimiento de los requisitos formales pactados en convenio colectivo determina asimismo la declaración judicial de improcedencia del despido por razones de forma (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS).

B) De lugar

Salvo lo que se pueda pactar en convenio colectivo, no existe de modo general una regla sobre el lugar en que el despido disciplinario ha de notificarse. Los más usuales son el centro de trabajo o el domicilio del trabajador y ello puede constituir una norma acostumbrada de carácter laboral [art. 3.1.*d*) ET] por la que el empresario deba regirse, excepto lo que el convenio o, en su caso, el contrato puedan disponer a este propósito.

C) De tiempo

El ejercicio del poder disciplinario empresarial no es indefinido, sino que finaliza, prescribe, con el transcurso del tiempo, pues el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con el principio de buena fe, exige que el trabajador no haya de soportar indefinidamente la posibilidad de ser sancionado. En este sentido, la prescripción de las faltas cometidas por el trabajador sanciona, a su vez, la inactividad disciplinaria del empleador (STS 27-3-1986). Respecto de la duración de los plazos de prescripción del despido disciplinario hay que distinguir entre plazos ordinarios y plazos extraordinarios.

a) Los plazos ordinarios de prescripción de las faltas graves o muy graves, únicas que pueden dar lugar al despido disciplinario, son de veinte y sesenta días, respectivamente. Su cómputo se inicia a partir de la fecha en que la empresa ha tenido conocimiento de la comisión de la falta. El conocimiento ha de ser «cabal y suficiente para actuar con eficacia la facultad sancionadora» (STS 24-9-1992). De ahí que el expediente contradictorio o las averiguaciones previas que el empresario lleve a cabo interrumpa el plazo

de prescripción. Este conocimiento queda referido al órgano que en la empresa tiene atribuida la facultad de sancionar disciplinariamente (empresario o persona que tenga delegada esta facultad). El término final del plazo de prescripción viene referido al conocimiento por parte del trabajador de la sanción impuesta mediante su fehaciente notificación por escrito,

En el caso de que el trabajador cometa varias faltas laborales en la misma empresa (faltas continuadas), el inicio del cómputo de la prescripción es el de la fecha en que la empresa tiene conocimiento fehaciente de la última infracción, puesto que es en este momento cuando cesa la conducta continuada y cuando la empresa puede tener un conocimiento cabal y pleno de la misma para poder apreciarla en forma conjunta a efectos de su sanción (SSTSJ Andalucía/Málaga 27-6-1997 y Cantabria 30-4-1998).

b) Como ya se sabe, la duración de los plazos extraordinarios de prescripción es común a todo tipo de faltas: seis meses. El cómputo de estos seis meses comienza a partir de la fecha en que la falta se haya cometido. Se trata de un plazo general de cierre en garantía de que, una vez transcurrido ese plazo, el empresario no podrá sancionar la falta.

4. Efectos

El despido disciplinario puede ser impugnado por el trabajador ante la jurisdicción del orden social en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido, plazo que expresamente se califica de caducidad (arts. 59.3 ET y 103.1 LJS). Una vez impugnado, en la sentencia que resuelva la impugnación el juez de lo social puede calificar el despido como procedente, improcedente o nulo (arts. 55.3 ET y 108.3 LJS). De esa diversa calificación judicial del despido se derivan, a su vez, distintos efectos.

A) Despido procedente

El despido disciplinario debe declararse procedente «cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación» (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS). En este caso, el empresario ha logrado probar ante el juez la realidad de alguna o algunas de las causas de despido legalmente establecidas y, por tanto, ha probado la realidad del incumplimiento contractual, grave y culpable del trabajador. La declaración judicial de la procedencia del despido, comporta la convalidación o mantenimiento de los efectos extintivos del despido efectuado desde la fecha en que el mismo se produjo, dado su carácter constitutivo. En consecuencia, el trabajador no ostenta «derecho a indemnización ni a salarios de tramitación» (arts. 55.7 ET y 109 LJS). No obstante, se reconoce al trabajador el derecho a la prestación por desempleo, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento del derecho [afiliación, alta o situación asimilada y período de cotización: arts. 208.1.*c*) LGSS]. Se considera acertadamente por la norma que la extinción del contrato derivada del despido procedente no se produce por voluntad del trabajador, sino del empresario (art. 54.1 ET).

B) Despido improcedente

a) Supuestos

Corresponde la declaración judicial de improcedencia del despido en los dos siguientes supuestos (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS):

- Cuando el empresario no acredite el incumplimiento contractual, grave y culpable del trabajador alegado en la notificación del despido.
- Cuando se incumplan los requisitos formales establecidos legal o convencionalmente. Como ya se apuntado, es ésta una importante novedad introducida por la LRET, modificando la anterior calificación de nulidad para el despido disciplinario que adoleciera de defectos de forma,

> que ahora pasa a considerarse como improcedente. Se quiebra así la concepción unitaria de los efectos anudados al despido nulo (la obligada readmisión del trabajador). Porque en alguna modalidad de despido se mantiene la nulidad por razones de forma (despido objetivo), en tanto que dicha calificación cambia, pasando a la de improcedencia, para el despido disciplinario que adolezca de defectos formales.

Por otra parte, si el despido es declarado improcedente por razones de forma y el empresario ha optado por la readmisión, éste puede decidir un nuevo despido en el plazo de los siete días siguientes a la notificación de la sentencia. La fijación de este breve plazo se explica por cuanto la causa de este nuevo despido ha de ser la misma que la utilizada para el despido declarado improcedente, bien que en esta ocasión se faculta al empresario para subsanar los defectos de forma existentes en el anterior. Técnicamente no se trata de una mera subsanación del anterior despido improcedente, sino de un nuevo despido que, por lo tanto, surte efectos desde su propia fecha, es decir, desde la consignada en la carta de despido (art. 110.4 LJS).

b) Efectos en la instancia

La calificación judicial del despido como improcedente habría de comportar, como efecto jurídico obligado, la readmisión del trabajador, al quedar judicialmente acreditado que éste ha sido injustamente despedido, es decir, que ha sido despedido sin justa causa, bien porque su incumplimiento no se ha producido en el marco del contrato de trabajo, bien porque su conducta no encaja en alguna de las causas que legalmente justifican este despido. Ese efecto de readmisión obligada y no sustituible, se estableció por el artículo 35 LRL superando con ello el tradicional sistema optativo contemplado por la normativa laboral (art. 81.3.º LCT-1944). Esta regulación tuvo una efímera vida normativa, ya que el RDL 18/1976 suspendió la aplicación del artículo 35 LRL ante la contundente oposición del empresariado a su aplicación. Tal suspensión fue, en realidad, definitiva, pues el artículo 37 DLRT introdujo otra regulación liberalizadora. La misma engendraba, en principio, el derecho del trabajador a ser readmitido y a percibir los salarios de tramitación (los devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia). Pero en el caso de que el empresario no cumpliera con su obligación de readmitir o lo hiciera irregularmente, el juez debía declarar extinguida la relación laboral, y fijar una indemnización, al prudente arbitrio del órgano judicial, con arreglo a determinadas circunstancias fijadas por la norma, por resarcimiento de perjuicios no inferior a dos meses de salario por año de servicio ni superior a cinco meses por año de servicio, así como el abono de los salarios de tramitación.

El ET se separa de estos precedentes normativos y enlaza con el criterio anterior a los mismos, esto es, con el recogido en el artículo 81.3.º LCT-1944 para las empresas de menos de cincuenta trabajadores. En este sentido el ET atribuye al empresario la facultad de optar (art. 56.1 ET), mediante escrito o comparencia en el juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia declaratoria de la improcedencia del despido (art. 110.3 LJS), entre dos posibilidades: la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación o el abono de una indemnización (arts. 56.1 y 2 ET y 110.1 conforme a la LEMURMEL). Esta facultad sólo se exceptúa en determinados supuestos, bien cuando el trabajador sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical, en cuyo caso la opción corresponde siempre a éste (art. 56.4 ET), bien cuando en contrato de trabajo o en convenio colectivo se conceda al trabajador, de modo singular o general respectivamente, el derecho de opción, ya que el citado precepto tiene carácter de derecho necesario relativo (SSTS 19-9-2006 y 21-6-2007).

Por consiguiente, la sentencia declarando el despido improcedente ha de contener una condena alternativa (entre readmisión o indemnización), a fin de que el empresario —o el trabajador, cuando proceda— ejercite su derecho a optar en el indicado plazo. Si el empresario no ejercita esa opción en el plazo señalado, el legislador entiende que tácitamente ha optado por la readmisión (art. 56.3 ET). En este caso, y entrando en juego la presunción en favor de la readmisión, el trabajador debe reintegrarse a su puesto

de trabajo tan pronto como transcurra el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia sin que el empresario le haya comunicado la fecha en que debe reincorporarse, a fin de que no opere, a su vez, la presunción de abandono del puesto de trabajo como consecuencia de la inactividad del trabajador.

a') Readmisión regular, inexistente o irregular

El tratamiento procesal de la readmisión regular y de la readmisión inexistente o irregular se estudia en el lugar oportuno [Capítulo 26, II, 2, F)].

b') Opción indemnizatoria

Si el empresario opta por la indemnización, ésta se fija legalmente en treinta y tres días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los períodos inferiores al año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, cuantía aplicable a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. La indemnización de los contratos formalizados con anterioridad a esa fecha se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a tal fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año (Disp. Trans. 5.ª LEMURMEL). El abono de la indemnización es condición necesaria para que se considere extinguido el contrato, extinción que se entiende producida «en la fecha del cese efectivo en el trabajo» (art. 56.1 ET conforme a la LEMURMEL). Dicha cuantía general puede variar por dos motivos. Primero, por la fijación reglamentaria de otra distinta para algunas relaciones laborales de carácter especial (por ejemplo, la del personal de alta dirección, que se remite a las pactadas en el contrato o, en su defecto, siete días de salario por año de servicio con máximo de seis mensualidades: art. 11 DAD). Segundo, por la existencia de pacto en convenio colectivo o individual que establezca otra superior, toda vez que la cuantía prevista en el artículo 56.1.*a*) ET se configura como un mínimo de derecho necesario relativo (SSTS 24-7-1989 y 23-10-1990).

El trabajador queda en situación legal de desempleo, con derecho a percibir las prestaciones por esta contingencia cuando reúna los requisitos exigidos [art. 208.1.*c*) LGSS].

La LEMURMEL ha suprimido para esta opción indemnizatoria los salarios de tramitación, incluso en la versión singular que de los mismos introdujo la LRET. De acuerdo con esta última, desde la fecha del despido hasta aquella otra en que tenía lugar el acto de conciliación (extrajudicial o judicial), el empresario podía reconocer directamente la improcedencia del despido y depositar la mencionada indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. En este caso, los referidos salarios de trámite o bien sólo comprendían desde la fecha del despido hasta la del depósito, o bien se eximía al empresario de su abono si éste efectuaba el depósito en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido. La supresión de los referidos salarios de trámite, abarata los costes del despido improcedente y facilita su utilización por las empresas.

Para la doctrina constitucional (ATC 43/2014 y STC 8/2015), «hay que rechazar que la decisión del legislador de mantener en los despidos improcedentes la tradicional opción entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización económica adecuada vulnere el art. 35.1 CE, puesto que tal opción legislativa entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales que le es atribuida a aquél por la Constitución».

El voto particular a la citada sentencia considera, por el contrario, que «el vigente régimen jurídico de los salarios de tramitación no solo priva al trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos sin justa causa. Además de ello, dicha regulación funciona como un incentivo económico, irracional y arbitrario, a favor de la extinción del contrato de trabajo, colisionando de manera frontal con el derecho constitucional al trabajo, que no puede en modo alguno conciliarse con una medida que no se limita a

adoptar una actitud neutra hacia al empresario; antes al contrario, estimula y promueve, de manera abierta, su opción a favor de la terminación de la relación laboral. Por este lado, la propia ley impugnada deja en entredicho y contradice la que constituye, de conformidad con sus propias declaraciones, su finalidad primera y esencial y que ha sido invocada, en más de una ocasión, por las resoluciones adoptadas por este Tribunal con vistas a sostener la regularidad constitucional de algunos preceptos legales de la Ley 3/2012; a saber: el fomento de aquellas medidas destinadas a crear empleo, priorizando su ejercicio por el empresario frente a aquellas otras dirigidas a destruir puestos de trabajo». En consecuencia las modificaciones operadas por la LEMURMEL en los artículos 56.1 ET y 110.1 LJS «privan a la vertiente individual del derecho al trabajo de su contenido esencial; esto es, de la consecuencia primera y esencial vinculada a un despido sin justa causa y entidad suficiente, consistente en la obligada reconstrucción de la relación laboral entre las fechas del cese del trabajador en su puesto de trabajo y de la declaración judicial de la improcedencia de ese cese».

c) Efectos derivados de la interposición de recurso

Cuando la sentencia que declare el despido improcedente se recurra, tanto por el empresario como por el trabajador, hay que estar a lo dispuesto en los artículos 111 y 112 LJS, referidos, respectivamente, a los supuestos en que la opción entre readmisión o indemnización corresponda al empresario o a un representante unitario o sindical de los trabajadores. En caso de optarse por la readmisión, la sentencia ha de ejecutarse de forma provisional conforme a lo dispuesto en los artículos 297.1, 3 y 4 y 300 LJS [Capítulo 28, III, 2, C)].

Si el empresario ha optado por la indemnización, mientras el recurso no se resuelva, tanto si ha sido interpuesto por aquél o por el trabajador, no procederá el cambio de opción por la readmisión, si bien ha de considerarse al trabajador en situación legal de desempleo [art. 111.*b*) LJS conforme a la LEMURMEL]. En el supuesto de que la sentencia que resuelva el recurso interpuesto por el trabajador reconozca una indemnización en cuantía superior, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación el empresario puede cambiar su opción anterior y decantarse ahora por la readmisión, que retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección (la indemnizatoria). De las cantidades que deban percibirse por el trabajador debido a este cambio a favor de la readmisión, han de restarse las cantidades que éste haya percibido en concepto de indemnización y, en su caso, prestación de desempleo [art. 111.*b*) LJS].

C) *Despido nulo*

a) Supuestos incluidos

La calificación judicial del despido disciplinario como nulo supone una reacción más enérgica de la norma frente a la conducta extintiva del empleador. Y ello tanto por el mayor reproche aparejado a un acto extintivo que viola derechos del trabajador de superior entidad, como por los efectos anudados a la calificación judicial del despido.

La ley contempla un supuesto general de despido nulo y otros supuestos específicos que merecen esa misma calificación (arts. 55.5 ET y 108.2 LJS).

a') Supuesto general

Obedece este supuesto al despido disciplinario que tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o al que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Este tipo de despido nulo por razones de fondo, fue introducido en el ordenamiento merced a la doctrina del TC sobre los despidos discriminatorios, calificados por ello

como radicalmente nulos por dicho Tribunal y que encierran un propósito discriminatorio atentatorio al principio de igualdad (STC 38/1981). Posteriormente, esa doctrina se extenderá por el propio TC calificando como despido nulo a todo despido en el que se lesione un derecho fundamental (SSTC 28-3-1985 y 19-7-1985).

Manifestación singular de esta clase de despido disciplinario nulo es el realizado como medida de represalia derivada del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, administrativa o judicial, en cuanto garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva [arts. 24.1 CE y 4.2.*g*) ET), y 5.*c*) del Convenio OIT 158/1982]. Medida que debe, por ello, ser calificada de discriminatoria y radicalmente nula (SSTC 182/2005, 16/2006 y 18-2-2008).

La doctrina del TC aplica a este supuesto general la técnica procesal de la inversión relativa de la carga de la prueba. La aplicación de esta técnica probatoria supone el despliegue de dos actividades. En primer término, el trabajador demandante debe probar «la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción» a favor de la calificación del despido como discriminatorio. A partir de esta prueba indiciaria, en segundo término el empresario demandado debe probar bien que existe una causa justificada para despedir (despido procedente), o bien, si no logra probar la existencia de esa causa o su gravedad (despido improcedente), ha de demostrar que los hechos que han originado el despido son razonablemente ajenos a todo propósito discriminatorio o atentatorio a un derecho fundamental (SSTC 38/1981 y 171/2005).

b') Supuestos específicos

Estos supuestos tienen un carácter específico en cuando se califica también como nulo el despido disciplinario que tiene lugar en ciertas fases del contrato, ya sea durante su pleno desarrollo, ya sea en momentos en que se encuentra en latencia o ejecución amortiguada. En estos supuestos, la sanción de nulidad de la decisión extintiva pretende atajar despidos disciplinarios especialmente injustificados atendiendo al singular momento de la relación contractual en el que se producen (arts. 55.5 ET y 108.2 LPL modificados por LOVG y LOI).

Un sector doctrinal ha señalado certeramente que estos supuestos no encajan en el tipo general de despido discriminatorio, porque el trabajador no ha de aportar indicios de discriminación para que se aplique la prueba de presunciones como sucede en aquel tipo, bastando que alegue y pruebe que el despido ha tenido lugar durante los períodos legalmente determinados. De este modo, la exigencia del propósito vulnerador del principio de no discriminación que la justicia comunitaria también ha aceptado para algunos de estos supuestos (STJCE 11-10-2007) no resulta aplicable en nuestro ordenamiento laboral.

Los supuestos específicos de despido nulo recogidos en la norma pueden sistematizarse del siguiente modo:

1.º El de las trabajadoras embarazadas desde la fecha del inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión por maternidad,

2.º El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural y adopción o acogimiento.

3.º El notificado en una fecha en que el plazo de preaviso concedido finalice dentro del período de suspensión del contrato por las causas señaladas en el anterior apartado segundo. Lo que significa que el plazo de preaviso que se haya concedido al trabajador hasta la fecha de efectividad del despido termina cuando todavía el contrato de trabajo está suspendido por las citadas causas y, por tanto, el despido se hace efectivo, determinando así la nulidad del acto extintivo. Recuérdese que la concesión de ese plazo de preaviso no es obligada, ya que la fecha de efectividad del despido puede ser la misma en que el trabajador reciba su notificación.

4.º El de los trabajadores que, o bien hayan solicitado o estén disfrutando uno de los permisos regulados en el artículo 37.4.4 bis y 5 ET, o bien hayan ejercido el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos (biológicos o no) o de familiares que contempla el artículo 46.3 ET.

5.º El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento.

6.º El de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de sus derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo o suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el ET.

En todos los supuestos mencionados la nulidad del despido constituye una garantía objetiva (STC 92/2008). Ello significa que, por ejemplo, en un despido que se produce durante el embarazo, no es necesario que la empresa, ni incluso la propia trabajadora, tengan conocimiento de dicha situación, ya que el móvil del empresario, que puede obedecer a causas no discriminatorias, es irrelevante (SSTS 19-7-2006 y 16-1-2009). Con todo, la existencia de dicha garantía no impide que se declare la procedencia del despido en estos supuestos por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencia que los mismos contemplan (art. 55.5 ET).

b) Supuestos excluidos

La virtualidad protectora que el despido nulo desempeña queda debilitada mediante dos exclusiones del ámbito aplicativo. La primera, ya apuntada, se refiere a la calificación como improcedente del despido disciplinario por defectos de forma que, con anterioridad a la LRET, merecía la consideración legal de despido nulo.

La segunda exclusión tiene un carácter jurisprudencial y alude al despido disciplinario nulo por fraude de ley. Esta clase de despido nulo era fruto de una construcción jurisprudencial introducida en el ordenamiento laboral por el TCT al amparo de lo dispuesto en el ordenamiento común (arts. 6.4 y 7.2 CC). Con ella se pretendía evitar que, mediante la cobertura del cumplimiento de las formalidades legales, se obtuviese un resultado contrario o prohibido por el ordenamiento. El empresario buscaría así una declaración de improcedencia haciendo constar en la carta de despido una causa ficticia, dolosamente inventada, y que, en realidad, encubría otra distinta. Ese criterio fue revisado por la doctrina judicial unificada, con interpretación que permanece, estableciendo que, tras la LPL de 1990, el despido nulo por fraude de ley era inexistente en nuestro ordenamiento, pues tanto el ET (art. 55.5) como la, a la sazón vigente LPL (art. 108.2), realizaban una enumeración cerrada de los supuestos de nulidad por razones de fondo, entre los cuales no figuraba ese tipo de despido (SSTS 15-12-1994 y 22-5-1996). Empero, un sector de la doctrina científica ha advertido, con fundamento, del alcance relativo de dicha interpretación, considerando que el despido en fraude de ley no queda al margen del ordenamiento laboral porque el artículo 6.4 CC configura una regla general de aplicación supletoria en dicho ordenamiento, lo que exige la debida aplicación de la norma que se haya tratado de eludir y la declaración de nulidad del despido, pues no debe olvidarse que los efectos anudados a esa declaración comportan la obligada readmisión del trabajador, en tanto que la declaración de improcedencia puede desembocar —y así sucede con frecuencia— en el abono de una indemnización.

c) Efectos en la instancia

La figura del despido nulo obedece a la finalidad de restablecer al trabajador en la integridad del derecho, libertad o situación jurídica violados. Los efectos jurídicos de este tipo de despido son consecuentes con esa finalidad (arts. 55.6 ET y 113 LJS).

1.º La condena a la inmediata readmisión del trabajador. Ello significa que la readmisión no puede sustituirse por indemnización alguna, habida cuenta de que la vulneración del derecho, libertad o situa-

ción jurídica vicia de raíz el despido, pues no sólo no existe una causa lícita para despedir, sino que se aprecia aquí una ilicitud de singular trascendencia constitucional.

Al establecer la obligada e insustituible readmisión del trabajador, la norma pretende evitar la equiparación de los efectos del despido nulo con el despido improcedente en punto a la ejecución definitiva de la sentencia que lo califique cuando se haya optado por la readmisión y que, si ésta no se produce o es irregular, el contrato se declare extinguido por el juez con una indemnización sustitutoria y otra posible adicional. Junto a ello, la mencionada condena pretende evitar asimismo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo contenido esencial integra, a su vez, el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos [arts. 18.2 LOPJ y 282.1.*b*) LJS].

2.º El abono de los salarios dejados de percibir, esto es, aquellos debidos desde la fecha del despido hasta la fecha de la readmisión.

d) Efectos de la interposición de recurso

En el caso de que la sentencia se impugne por el empresario, ha de aplicarse lo dispuesto para la ejecución provisional cuando la sentencia recurrida haya declarado la nulidad del despido [art. 297.2 LJS y Capítulo 28, III, 2, C)].

e) Efectos de la sentencia firme

En el supuesto de firmeza de la sentencia, ya sea declaratoria de la nulidad del despido, ya sea de su improcedencia cuando el trabajador despedido tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y éste opte por la readmisión sin que se haya producido o lo haya sido de forma irregular, han de aplicarse las previsiones establecidas al respecto en los artículos 278 a 286, inclusives, de la LJS, que son objeto de estudio en el lugar correspondiente (Capítulo 28, II, 1, A).

III. DESPIDO OBJETIVO

1. Concepto y caracteres

La extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario basada en incumplimientos no culpables del trabajador o en necesidades de funcionamiento de la empresa, debe recibir el nombre de despido objetivo. La norma no lo define, limitándose a enumerar las específicas causas que lo fundan y los efectos que el mismo produce. El artículo 52 ET se refiere de forma técnicamente inapropiada a la «Extinción del contrato por causas objetivas», cuando, realmente, se trata de una modalidad de despido fundado en distintas causas, toda vez que la extinción del contrato se materializa por decisión unilateral del empresario.

A los caracteres propios de todo despido, se unen en el que ahora se examina otros específicos.

a) La común consideración normativa para todas las causas de este despido de que éstas son circunstancias que lesionan en todo caso los intereses empresariales y que, en consecuencia, reclaman una específica protección mediante la ampliación del poder empresarial de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

b) La especificidad de las causas que suponen incumplimientos no culpables del trabajador (ineptitud y falta de adaptación a modificaciones técnicas). Ni a título de dolo ni de negligencia inexcusable puede atribuirse al trabajador el incumplimiento contractual que activa dichas causas, dado que el despido objetivo no se configura como una sanción. Ello no impide que la norma considere dicho incumplimiento excesivamente gravoso para el empresario y le brinde la tutela de este despido.

c) La especificidad de las causas que implican necesidades de funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; faltas de asistencia e insuficiente consignación eco-

nómica de carácter público). No existe aquí incumplimiento contractual por parte del trabajador, pero la norma entiende que dichas causas hacen más onerosa o dificultan sobremanera la normal actividad del empleador, por lo que le ofrece el cauce del despido objetivo.

2. Causas

A) Incumplimientos no culpables del trabajador

a) La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52.*a*) ET]

Dos cuestiones principales plantea esta causa. En primer lugar, el momento a partir del cual la ineptitud integra el supuesto de hecho que la configura. En segundo término, qué clases de ineptitud se incluyen en esta causa.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ha de tratarse de una ineptitud conocida o sobrevenida una vez se ha producido la colocación efectiva del trabajador en la empresa, es decir, una vez que se ha superado el período de prueba, siempre que el mismo se hubiera pactado. Ello significa que la ineptitud existente antes del cumplimiento de dicho período, bien por ser originaria, bien por haber surgido durante el mismo, no puede utilizarse para justificar el despido por esta causa, por cuanto el empresario tuvo ocasión de conocer la aptitud del trabajador y de desistir libremente del contrato.

De este modo, el despido objetivo por esta causa actúa como mecanismo adicional al período de prueba, en el sentido de que permite al empresario prescindir de aquellos trabajadores que, a su juicio, no se acomoden a las funciones asignadas, si bien que con determinados condicionamientos. Pero, a diferencia de aquel período, esta causa mantiene su virtualidad o eficacia durante toda la vigencia del contrato, una vez que se ha superado el referido período, caso de existir. Ahora bien, si no se ha pactado período de prueba el supuesto de hecho se integra tanto por la ineptitud sobrevenida una vez concertado el contrato, como por la ineptitud originaria, es decir, la existente en el momento de celebrarlo, de forma que la inexistencia de tal período impide que el cedazo en que el mismo consiste pueda subsanar la ineptitud originaria del trabajador.

En cuanto a las clases de ineptitud que permiten aplicar la causa, la jurisprudencia viene incluyendo en la misma tanto factores de tipo formal (por ejemplo, carencia de la titulación exigida, cuando la misma viene establecida por una norma posterior a la celebración del contrato y el trabajador no la obtiene: SSTS 27-10-1983 y 27-10-1993), como factores de índole material (falta de conocimientos, habilidades técnicas o capacidad física o intelectual: STS 2-5-1990). Sin embargo, por lo que se refiere a la falta de capacidad, hay que tener en cuenta las siguientes precisiones:

1.ª Ni la invalidez permanente total (para la profesión habitual), ni la invalidez permanente absoluta (para todo trabajo), ni la gran invalidez (el trabajador, además de haber perdido la capacidad para trabajador en cualquier trabajo, necesita la asistencia de otra persona para los actos más elementales de la vida), son causas de esta clase de despido objetivo, ya que operan de modo independiente como causas extintivas del contrato [art. 49.1.*e*) ET].

2.ª Tampoco son causas de esta clase de despido ni la incapacidad temporal (imposibilidad de prestar el trabajo debido por enfermedad común o profesional o maternidad), ni la invalidez provisional (una vez agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal, el trabajador requiere asistencia sanitaria y sigue imposibilitado para reanudar su trabajo, siempre que se prevea que la invalidez no va a tener carácter definitivo), puesto que operan autónomamente como causas de suspensión contractual [arts. 45.1.*c*) y 48.2 ET].

Por consiguiente sólo la invalidez permanente parcial para la profesión habitual puede actuar como posible causa de esta clase de despido objetivo, esto es, la disminución de la capacidad de trabajo, al menos,

en un 33 por 100 del rendimiento normal del trabajador, sin impedirle realizar las tareas fundamentales de su puesto de trabajo habitual (art. 137.1 LGSS).

3.ª No obstante, la declaración de incapacidad permanente parcial, dado que permite realizar las tareas fundamentales de la profesión del trabajador, no desencadena por sí misma la aplicación de esta causa de despido. Para que ello sea así, es necesario que, junto a esa declaración, el empresario acredite que la situación de dicha incapacidad imposibilita al trabajador para continuar en su puesto de trabajo (SSTSJ Cataluña 10-6-2005 y 24-4-2007). De ahí que la jurisprudencia y la doctrina científica hayan formulado una serie de condicionamientos para que esta causa de despido objetivo pueda apreciarse, entre los que destacan que la ineptitud:

- Se refiera al conjunto del trabajo encomendado usualmente al trabajador o, por lo menos, a las tareas principales, y no a alguno de sus aspectos de modo aislado (STS 14-7-1982).
- Consista en una carencia de aptitud objetivable, es decir, inferior a la media normal en el momento en que se despida por este motivo, en la empresa en que preste sus servicios el trabajador y en la profesión a la pertenezca.
- No esté originada por los instrumentos de trabajo o por medio de trabajo, pues en este caso el despido objetivo se subsumiría en la causa del artículo 52.*b*) ET [*infra* B)].
- Sea permanente y no circunstancial (STS 14-7-1982).

Sin embargo, aunque el empresario acredite la disminución del rendimiento normal del trabajador conforme a los referidos condicionamientos, recuérdese su inicial obligación de ocupar a éste en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual, así como su posterior facultad, en caso de no existir tal puesto de trabajo, de reducir el salario proporcionalmente a esa capacidad aminorada, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 de dicho salario, ni la retribución salarial quedar por debajo del SMI cuando se realice jornada completa [art. 1.1 RD 1.451/1983 y Capítulo 12, III, 1, C)].

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables

La causa de despido objetivo que recoge el artículo 52.*b*) ET es, en verdad, un subtipo de ineptitud para el trabajo, cuyo surgimiento queda por completo al margen de la voluntad del trabajador, ya que las modificaciones técnicas que sobrevienen en su puesto de trabajo son realizadas por la empresa. La aplicación de la causa se somete a ciertos requisitos.

a') De identidad

El cambio producido debe identificarse mediante un doble requisito de identidad. Primero, debe producirse en el puesto de trabajo que habitualmente desempeña el trabajador («su puesto de trabajo»), pues, de no ser así, se trataría de un cambio de puesto sujeto a las reglas propias de la movilidad funcional (STSJ País Vasco 23-11-1999), de carácter sustancial o no, y en ningún caso a esta causa de despido. Segundo, las modificaciones han de ser «técnicas» (STS 15-7-1986), lo que refuerza la idea de que esta causa no da cobertura a la modificación jurídica de las funciones desempeñadas, que no varían pues sólo cambia el modo de realizarlas.

b') De razonabilidad

La exigencia de que las modificaciones técnicas sean razonables apunta a una doble faceta. De un lado, a la objetividad de la decisión empresarial, fundada en motivos reales relacionados con la organización del trabajo y/o la competitividad, impidiéndose con ello toda conducta simulatoria para despedir por esta causa. De otro, a la objetividad del contenido de la prestación laboral desempeñada, de suerte que las

modificaciones no supongan imposibilidad de adaptación técnica por quedar tales cambios fuera de la órbita profesional del trabajador (de sus tareas, funciones, especialidades o responsabilidades: art. 22.2 ET), aunque tales cambios no impliquen movilidad funcional.

c') De formación

Antes de utilizar esta causa el empresario debe ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar su adaptación a las modificaciones técnicas operadas. Durante el período formativo el contrato queda en suspenso (con anterioridad la suspensión tenía un plazo máximo de tres meses) y el empresario debe abonar al trabajador el salario medio que venga percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación [art. 52.*b*) conforme a la LEMURMEL]. La retribución que debe abonarse durante el período formativo no debe considerarse salario sino un módulo para el cálculo de la misma (el salario medio percibido), dado que el contrato no se interrumpe sino que se suspende. Lo que haya de entenderse por ese salario medio es extremo que puede concretarse en la negociación colectiva como elemento de seguridad que evite litigios al respecto.

B) Necesidades de funcionamiento de la actividad del empleador

a) Causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción (despido objetivo plural)

La paulatina ampliación del poder extintivo empresarial a partir de la introducción en nuestro ordenamiento del despido objetivo en el DLRT, se reforzó en la LRET mediante la reformulación del concepto de despido fundado en necesidades de funcionamiento de la empresa. De un lado, a través de una nueva regulación del despido colectivo (art. 51 ET). De otro, reconstruyendo la anterior regulación del despido objetivo fundado en la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. En su vigente regulación [art. 52.*c*) ET conforme a la LEMURMET], la noción de despido objetivo plural se obtiene a partir de dos elementos: causal y cuantitativo.

Conforme al elemento causal, este despido ha dejado de fundarse en la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, debiendo concurrir ahora para su aplicación alguna o algunas de las causas previstas para el despido colectivo por el artículo 51.1 ET, identificadas en este precepto con las de orden económico, técnico, organizativo o de producción (*infra* IV, 3). A tenor del elemento cuantitativo, para calificar el despido objetivo como plural, éste debe afectar en todo caso a un número de trabajadores inferior al establecido para el despido colectivo de acuerdo con el artículo 51.1 ET. De ahí que este despido ya no sea únicamente individual, puesto que también puede alcanzar a varios trabajadores, bien a toda la plantilla (un máximo de cinco trabajadores), bien tan sólo a una parte de la misma (*infra* IV, 2).

La principal consecuencia derivada de la calificación de un despido objetivo como plural, es la inexigencia de seguir el procedimiento de regulación de empleo previsto para el despido colectivo. Lo que significa que no se precisa control alguno por parte de la autoridad laboral, ni apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, reduciéndose así el acervo de garantías en beneficio del principio de rendimiento de la fuerza de trabajo. En todo caso, considerando que esta clase de despido objetivo puede afectar a una pluralidad de trabajadores, se mantienen en la vigente regulación dos garantías: la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores [art. 52.*c*) ET] y la obligada entrega de una copia del escrito de preaviso del despido a dichos representantes [art. 53.1.*c*) ET].

El personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público al que deba aplicarse esta causa, se rige, además, por ciertas reglas específicas y comunes con el despido colectivo (*infra* IV, 7).

b) Faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes

Los requisitos para que opere esta causa son los siguientes [art. 52.*d*) ET conforme a la LEMURMEL]:

a') Faltas de asistencia justificadas

Las faltas que permiten aplicar esta causa son las de asistencia y no las de puntualidad, por lo que las ausencias computables han ser únicamente las que se producen durante la jornada completa. Junto a ello y a pesar del equívoco tenor de la norma, que alude a las faltas de asistencia «aun justificadas», del análisis normativo se desprende que son precisamente algunas de las justificadas las que deben tenerse en cuenta para calcular el nivel de absentismo que activa la causa. De un lado, porque las faltas injustificadas y reiteradas de asistencia al trabajo constituyen causa de despido disciplinario [art. 54.2.*a*) ET]. De otro, porque la enumeración de las faltas de asistencia que no computan para dicho cálculo son en su totalidad justificadas

b') Faltas computables

La delimitación de las faltas de asistencia que abren paso a esta causa se realiza por la norma indirectamente, esto es, acotando aquellas faltas que no computan a tales efectos. En este sentido, la enumeración legal comprende «las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda» [art. 52.*d*).2.º ET].

Estas exclusiones relevan la finalidad de calcular el índice de absentismo sobre las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común o accidente no laboral de corta duración. Este control de la morbilidad por el cauce empresarial se justifica en la negativa incidencia que sobre la rentabilidad de la empresa tienen las frecuentes faltas al trabajo de corta duración y carácter intermitente. Ello ha sido criticado con razón por sectores de la doctrina, dado que la mayor parte de estas ausencias son justificadas y su acreditación se realiza por los correspondientes servicios públicos de salud, a pesar de que alguna sorprendente jurisprudencia considera que este tipo de absentismo es imputable de algún modo a la voluntad del trabajador (SSTS 23-1-2007 y 18-9-2007). Ello muestra el carácter implícitamente sancionador de esta causa, que atiende, en realidad, al control del fraude en la asistencia al trabajo, en principio legítimo pero que se encauza a través de un mecanismo inadecuado como es el despido objetivo, desplazando así en parte las necesarias medidas de educación sanitaria de la población y de adecuado control del funcionamiento del sistema sanitario por las autoridades públicas competentes.

c') Faltas intermitentes

Las faltas de asistencia han de alcanzar un determinado porcentaje de absentismo de carácter intermitente, cifrado en el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o en el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses [art. 52.*d*) ET conforme a la LEMURMEL]. De aquí que las ausencias por período inferior a veinte días que no alcancen dichos porcentajes hayan de considerarse como despido improcedente (STS 26-7-2005). Debe repararse en que se ha suprimido la referencia al índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, que en la anterior regulación había de ser superior al 2,5 por 100 para ambos períodos, facilitándose de esta manera la aplicación del precepto al bastar ahora con los porcentajes parciales e individuales que para los mismos se establecen.

c) Insuficiencia de consignación económica de carácter público

Esta causa traslada implícitamente al ámbito de las Administraciones Públicas y de las entidades sin ánimo de lucro, públicas o no, una manifestación específica en tal ámbito de la causa económica que puede fundar el despido colectivo plural. Se concreta esta causa en la insuficiencia de consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate, en caso de que dichas entidades concierten contratos de servicios por tiempo indefinido para ejecutar planes y programas públicos determinados, que carezcan de dotación económica estable y estén financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales en virtud de ingresos externos de carácter finalista [art. 52.*e*) ET].

3. Requisitos

A) De forma

a) Comunicación escrita

La voluntad empresarial de despedir debe reflejarse en una comunicación escrita [art. 53.1.*a*) ET]. El carácter recepticio de todo despido supone que dicha comunicación debe hacerse llegar al trabajador por cualquier medio de notificación hábil, para que el mismo pueda tener completo conocimiento de dicha carta (STC 21-4-1982).

Si se trata del despido por causas objetivas de los representantes legales de los trabajadores la ley no exige expresamente la previa incoación de expediente contradictorio, reservado exclusivamente para el despido disciplinario [arts. 68.*a*) ET y 106.2 LPL]. No obstante, un sector de la doctrina ha señalado, con acierto, que el artículo 68.*a*) ET debe aplicarse analógicamente en este supuesto, toda vez que, en caso contrario, la protección establecida por el artículo 68.*a*) ET se vería menoscabada, pues bastaría alegar y acreditar una de las causas previstas para el despido por circunstancias objetivas para eludir el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el citado artículo 68.*a*) ET.

b) Constancia de la causa del despido y de la fecha de efectos

Aunque el ET exige únicamente la constancia de «la causa» que motiva el despido [art. 53.1.*a*) ET], la jurisprudencia ha señalado que no basta la mera cita del precepto legal, sino que el vocablo «causa» que utiliza dicho precepto es equivalente a hechos (SSTS 3-11-1982 y 22-2-1993). Los hechos subsumibles en el precepto legal se deben exponer con la suficiente precisión y claridad para que el trabajador pueda conocer el motivo de su despido y pueda articular debidamente su defensa, no siendo admisible la indicación un genérico incumplimiento contractual (STS 10-3-1987).

La expresa obligación de consignar la fecha de efectos del despido, se suprimió del ET, una vez que el DLRT la había introducido [art. 40.1.*a*)]. Ello puede generar una situación de incertidumbre para el trabajador respecto de la fecha en que comienza el plazo de caducidad para reclamar frente al despido. Esta omisión queda salvada cuando el empresario cumpla el plazo de preaviso legalmente previsto [art. 53.1.*c*) ET], ya que la conclusión de ese plazo coincide con la fecha de extinción del contrato mediante este despido, pudiendo recurrir el trabajador como si se tratara de un despido disciplinario (art. 53.3 ET), es decir, a partir de los veinte días siguientes a la fecha en que se produce tal extinción, sin perjuicio de que el trabajador pueda anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que se le comunique el plazo de preaviso (art. 121.1 LJS). Pero el empresario está legalmente facultado para sustituir el plazo de preaviso por el abono de los salarios correspondientes a ese período de tiempo (art. 53.4 ET). En este caso, la doctrina señala, por razones de seguridad jurídica y ejercicio del derecho a la tutela judicial, que la fecha de efectos del despido y, por tanto, el inicio del cómputo de la caducidad de la acción debe comenzar a los veinte días siguientes a aquel en que finalice el plazo mínimo de preaviso establecido en el artículo 53.1.*c*) ET.

c) Concesión de un plazo de preaviso

Dicho plazo, cuya duración se computa desde la entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato, se fija en quince días [art. 53.1.*c*) ET]. La omisión del plazo de preaviso no supone la nulidad del despido, puesto que, como acaba de señalarse, el empresario puede sustituir la concesión de dicho plazo por el abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso (art. 53.4 ET).

Ese plazo de preaviso sirve como referente temporal para que, durante el mismo, el trabajador, o su representante legal si se trata de un trabajador discapacitado que lo precise, disponga de una licencia retribuida de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo (art. 53.2 ET).

La justificación de esta licencia descansa en la configuración del despido objetivo como una extinción del contrato ajena a todo incumplimiento culpable del trabajador. El trabajador debe comunicar previamente al empresario los momentos en que se propone hacer uso de esta licencia (de acuerdo con el régimen general previsto para los permisos en el art. 37.3 ET), quedando a su libre decisión la distribución de la misma y no pudiendo condicionarse su disfrute por el empresario.

Sin embargo, la negativa del empresario al disfrute de esta licencia no supone causa de nulidad de este despido, porque tampoco conlleva dicha nulidad la no concesión del plazo de preaviso sustituible por los salarios correspondientes a este período, ni siquiera su improcedencia (art. 122.3 LJS). Este criterio aparece corroborado por la norma procesal, toda vez que la negativa empresarial no figura entre los supuestos que permiten efectuar la declaración judicial de nulidad del despido (art. 122.2 LJS). La actitud empresarial obstructiva del disfrute de dicha licencia, merece únicamente la calificación de infracción grave en materia laboral (art. 7.3 LISOS). En todo caso, el uso por el trabajador de la licencia cuyo disfrute se permite por el empresario, no enerva tampoco el ejercicio de la acción contra el despido, ni supone conformidad con la decisión empresarial (art. 121.2 LJS).

d) Puesta a disposición del trabajador de una indemnización

Este requisito no alude a un simple ofrecimiento al trabajador, sino a la disposición efectiva del importe de la correspondiente indemnización, precisando lugar y modo en que puede hacerse efectiva (SSTS 23-4-2001 y 28-5-2001), debiendo realizarse, además, con carácter simultáneo a la entrega de la comunicación escrita. La cuantía de la indemnización legal, mejorable mediante pacto individual o colectivo, asciende a veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades [art. 53.1.*b*) ET]. Indemnización que pretende resarcir al trabajador de la pérdida del empleo por causas ajenas a su voluntad y cuya cuantía es igual a la establecida para el despido colectivo, lo que revela la semejanza teleológica de este despido objetivo con ese otro, sin que por ello puedan equipararse sus requisitos y efectos. El mero error aritmético en el cálculo de la indemnización es excusable y no supone la improcedencia del despido, sin perjuicio de que el empresario deba abonar la misma en la cuantía correcta (art. 122.3 LJS). En todo caso, la percepción por el trabajador de esta indemnización no enerva el ejercicio de la acción por despido ni supone conformidad con la misma (art. 121.2 LPL).

B) Temporales

No tratándose aquí de incumplimientos culpables del trabajador, no resultan aplicables los plazos de prescripción establecidos por el artículo 60.2 ET respecto de las faltas laborales cometidas por los trabajadores. Por tanto, la facultad empresarial de despedir queda temporalmente abierta, sin sujeción a plazo de prescripción alguno, si bien la misma debe ejercitarse a partir del momento en que concurra algunas de las causas objetivas que permiten al empresario extinguir válidamente el contrato mediante esta modalidad de despido.

4. Efectos

A) Calificación judicial del despido

Atendiendo a la calificación judicial del despido por causas objetivas, éste, al igual que el despido disciplinario, puede ser también declarado procedente, improcedente o nulo (arts. 53.4 y 5 ET y 122.1, 2 y 3 LJS). La declaración de procedencia exige que se acredite la concurrencia de la causa que ha fundamentado la decisión extintiva y, además, se hayan cumplido los requisitos formales del artículo 53.1 ET (art. 53.4 ET conforme a la LEMURMET), esto es, la comunicación escrita y la puesta a disposición del trabajador de la indemnización que proceda. En caso contrario, el despido debe calificarse de improcedente.

El despido objetivo debe declararse nulo cuando concurran las causas de nulidad ya estudiadas en el despido disciplinario [*supra* II, 4, C)] y, de forma específica, cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo la aplicación de las reglas establecidas para los despidos colectivos en el artículo 51.1 ET [art. 122.2.*b*) LJS]. No se suscita aquí el problema ya analizado respecto del fraude de ley en el despido disciplinario, puesto que la ley admite expresamente esta clase de despido nulo [*supra* II, 4, C)].

La nulidad del despido objetivo es también la calificación que corresponde a la extinción de los contratos de trabajo por el cauce de este despido y con arreglo a causas económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando la misma se produzca durante el período de suspensión de dichos contratos por tales causas, salvo que se acredite «bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión» (STS 12-3-2014, en igual sentido la STS 18-3-2014). Por cambio sustancial y relevante, que permita aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, debe entenderse, con carácter restrictivo, el limitado a «supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto» (SSTS 11-3-1998 y 16-4-1999). Ahora bien, en el caso de que la suspensión de los contratos haya sido colectivamente acordada por los representantes de los trabajadores y el empresario o sus representantes, el despido objeto decidido durante dicha suspensión conforme a las mismas causas es igualmente nulo, teniendo en cuenta que dicha cláusula «únicamente cabria aplicarla —restrictivamente— cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa *ex* art. 37. CE» (SSTS 5-4-2010 y 18-3-2014).

B) Peculiaridades

El ET asimila los efectos del despido por causas objetivas a los que derivan del despido disciplinario procedente, improcedente y nulo (art. 53.5 ET).

De esta forma, en el despido improcedente también existe la opción para el empresario entre readmisión o indemnización y el derecho a percibir los salarios de tramitación (los comprendidos entre la fecha del despido y la readmisión). Igualmente, la declaración de nulidad y de improcedencia de este despido cuando esta última afecte a los representantes de los trabajadores o de los propios trabajadores que tengan también reconocido el derecho de opción, no presenta ninguna singularidad, de forma que la sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos, readmitiendo al trabajador a su puesto de trabajo, abonándole los salarios de tramitación y aplicándose las mismas medidas de coerción y aseguramiento ya señaladas para el despido disciplinario en el caso de que la readmisión no se produzca o se realice de modo irregular [*supra* II, 4, C)].

No obstante, dada la distinta naturaleza y la parcial diferencia de los requisitos exigidos para el despido objetivo respecto del disciplinario, se introducen para el primero ciertas modificaciones en cuanto a sus efectos (arts. 53.5 y 123 LJS).

a) Si el despido se califica de procedente, el trabajador tiene derecho a retener en firme la indemnización recibida, y a percibir la diferencia que pudiera existir tanto entre la referida indemnización y la que legalmente le corresponda, como entre la percibida u omitida en concepto de salarios del período de preaviso en el supuesto en que éste no se hubiera cumplido y la que legalmente corresponda por los mismos. El trabajador se considera en situación de desempleo por causa que no le es imputable.

b) Si el despido se declara improcedente, existen dos peculiaridades:

a') En el caso de que se opte por la readmisión, el trabajador debe reintegrar a aquél la indemnización percibida una vez sea firme la sentencia, con abono (al igual en este extremo que lo dispuesto para el despido disciplinario) de los salarios de tramitación.

b') Si se opta por la indemnización, debe deducirse de ésta el importe de la indemnización abonada inicialmente al trabajador junto con la comunicación escrita. Ha de tenerse en cuenta que la indemnización por improcedencia del despido es de treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades, en tanto que la indemnización en el caso de que el despido sea procedente es, como ya se ha señalado, de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

IV. DESPIDO COLECTIVO

1. Concepto

La actual regulación del despido colectivo es tributaria del nuevo concepto que del mismo introdujo la LRET, modificando el anterior artículo 51 ET, en el que se regulaba la extinción colectiva del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas. Ese concepto derivaba, en buena medida, de la disciplina comunitaria en esta materia (Directiva 75/129, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, modificada por la Directiva 92/56, ambas derogadas por la vigente Directiva 98/59). Continuando con esa evolución, primero la LEMURMET y la LEMURMEL después han venido a abundar intensamente en la flexibilidad externa de este tipo de despido, incorporando modificaciones de calado que afectan de modo principal a la delimitación de sus causas y al procedimiento por el que el mismo debe regirse.

De acuerdo con su configuración actual, mediante el despido colectivo se faculta al empresario para resolver el contrato de trabajo de un número determinado de trabajadores en un cierto período de tiempo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMEL). Además de reunir los caracteres inherentes a todo despido, esta noción de despido colectivo se distingue por dos rasgos: la afectación personal colectiva del mismo y la existencia de causa o causas legalmente establecidas que fundan la decisión empresarial.

2. Ámbito personal de afectación

El despido colectivo afecta a un determinado número de trabajadores, ya sea a una parte de la plantilla, ya sea a ésta en su integridad, en función del número de trabajadores incluidos en el mismo. En uno y otro caso, las extinciones han de computarse en un ámbito funcional y dentro de un período de tiempo.

A) Número de trabajadores y período de cómputo

a) El despido colectivo es parcial cuando la extinción de contratos de trabajo afecten como mínimo a diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien, al 10 por 100 de trabajadores en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o, en fin, a treinta trabajadores en empresas que ocupen a más de trescientos (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMEL y art. 1.1 y 3 RDPRODESURE).

La delimitación del despido colectivo total exige la concurrencia de un requisito cuantitativo menos complejo, puesto que en este caso la extinción de los contratos debe abarcar a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y el despido se produzca como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial fundada en las causas que habilitan para su aplicación. Recuérdese que si el número de trabajadores afectados es inferior a esta cifra, la extinción habrá de considerarse como despido objetivo plural (*supra* III, 1).

b) Las extinciones de los contratos han de producirse en un período de noventa días para sujetarse al régimen del despido colectivo. Aquellas que queden por debajo de este período, se consideran despidos objetivos plurales si además cumplen el requisito de orden causal.

Al igual que sucedía con los traslados o con las modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones de trabajo, el legislador trata de evitar el riesgo de fraude consistente en presentar como despido objetivo plural extinciones que, en realidad, son despidos colectivos, a fin de eludir el procedimiento establecido para éstos. Con esta finalidad, se dispone que cuando la empresa realice extinciones de contratos al amparo del artículo 52.*c*) ET (despido objetivo plural) en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales establecidos para considerar la extinción como colectiva, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, las nuevas extinciones se considerarán realizadas en fraude de ley, debiéndose declarar nulas y sin efecto.

B) Extinciones contractuales objeto de cómputo

En la determinación de las extinciones contractuales a tener en cuenta para considerar el despido como colectivo, la norma interna, con base en la comunitaria, establece una regla general incluyendo en ese cómputo, junto a las derivadas del propio despido colectivo, a «cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo *c*) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley (ET), siempre que su número sea, al menos, de cinco» (art. 51.1 ET).

La alambicada fórmula legal supone, en definitiva, que el número de extinciones de contratos de trabajo que deben computarse para este despido y añadirse a las que directamente corresponden al mismo, viene referido también al de todas aquellas que tengan un mismo fundamento económico, técnico, organizativo o de producción. Lo que significa que dicho cómputo incluye los despidos objetivos plurales [art. 52.*c*) ET], los derivados de la insuficiencia de consignación económica de carácter público [art. 52.*e*) ET] y las extinciones canalizadas a través del mutuo acuerdo [art. 49.1.*a*) ET] cuando estas últimas tengan su origen en una propuesta empresarial basada en aquel tipo de razones o causas (bajas incentivadas). La norma pretende evitar así que determinadas extinciones, formalmente basadas en causas distintas a las que fundan el despido colectivo pero obedientes a la finalidad común de salvaguardar el funcionamiento de la empresa, sean alegadas de forma independiente, reduciendo de forma artificial el número de trabajadores afectados por el despido colectivo y la utilización del cauce más riguroso exigido para éste.

C) Ámbito funcional de cómputo

Para las dos clases de despido colectivo, total y parcial, el ámbito funcional en el que ha de computarse el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha de ser la empresa y no el centro de trabajo (SSTS 14-5-1998 y 18-3-2009), de acuerdo con una interpretación literal del artículo 51.1.2.º ET, que debe prevalecer frente a la norma comunitaria (art. 1.1 Directiva 98/59), al ser la interna más favorable, dada la mayor probabilidad de aplicar el procedimiento de despido colectivo si se toma la empresa como módulo de referencia a fin de establecer el volumen de ocupación determinante del número de los trabajadores afectados por el despido.

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, esa interpretación más favorable no puede suponer desconocimiento o reducción de la protección mínima que brinda la Directiva 98/59 respecto de las obligaciones empresariales de información y consulta a los representantes de los trabajadores que la misma impone al utilizar el concepto de centro de trabajo --entidad diferenciada con cierta permanencia y estabilidad, adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y dotada de medios técnicos y estructura organizativa suficiente, con independencia de que tenga o no autonomía jurídica, económica o financiera (STCE 15-2-2007)-- en el supuesto de despido colectivo de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores (art. 1.1, a) i) de la Directiva), cuando ese número no se alcanza en el conjunto de la empresa pero sí en uno o varios centros de trabajo de la misma, ya que, en este caso, ha de aplicarse la noción de centro de trabajo establecida en dicho precepto comunitario como derecho mínimo, que la norma interna no puede eludir (STJUE 15-5-2015).

Cuando se trata de un grupo de empresas, el módulo de referencia a efectos del volumen de ocupación determinante del número de los trabajadores afectados por el despido ha de ser el grupo y no cada una de las empresas que lo componen (SSTS 8-10-1987 y 22-12-1989), siempre que concurran los requisitos de unidad económica y de gestión exigidos en la esfera laboral para la apreciación de dicha figura (STS 14-5-1998).

3. Causas

La apreciación de las causas que han de concurrir en el despido colectivo —que también se aplican, como se señaló, al despido objetivo plural—, exige la presencia de un doble elemento, calificativo y justificativo.

A) Elemento calificativo

Este elemento cumple la función de identificar previamente los supuestos de hecho que integran las causas del despido colectivo. Como se señaló, la LRET procedió a ampliar el catálogo de las causas que lo delimitan, pasando de las tecnológicas o económicas, a las económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esa ampliación fue relativa desde el prisma aplicativo, puesto que la regulación sectorial de empleo, de un lado, y la práctica administrativa y la jurisprudencial de otro, aun con oscilaciones, ya habían anticipado ese nuevo catálogo normativo. El elenco de causas permanece invariable en la actual regulación, dada la dificultad de concebir alguna otra que no pueda subsumirse en aquella cuádruple clasificación. La principal novedad de dicha norma consiste en incorporar al artículo 51.1 ET algunos de los criterios mantenidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial sobre la calificación de las causas del despido plural y del despido colectivo, acotando ahora la norma estatutaria, en algunos casos, ejemplos de los presupuestos de hecho que facilitan esa calificación. Por su parte, la LEMURMEL, en la línea de limitar el control judicial sobre los poderes empresariales modificatorios, suspensivos y extintivos, suprime el elemento finalista que justificaba el despido colectivo en la anterior regulación (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMEL). Sin embargo, como se verá, ello no implica inexistencia de toda suerte de justificación de esta clase de despido.

La actual delimitación de los supuestos de hecho que delimitan estas causas deriva básicamente de las sustantivas modificaciones que de dicho precepto han efectuado la LEMURMET y la LEMURMEL.

a) Causas económicas

Concurren estas causas «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa». La norma ejemplifica algunos supuestos en que ha de considerarse que dicha situación concurre: «la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos

ordinarios o ventas». Pero el terreno del ejemplo se prolonga con una regla prescriptiva en cuya virtud «Se entiende en todo caso que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior» (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMEL). La previsibilidad de las pérdidas introduce un elemento aleatorio de más difícil control judicial, aunque éste no se elimine completamente atendiendo al ámbito en que actúa el elemento justificativo. Por otro lado, adviértase que el supuesto de hecho amplía de forma exorbitante sus contornos, puesto que no exige en todo caso la existencia de pérdidas, bastando con la disminución persistente del nivel de ingresos (por ejemplo, por reducción o revocación de subvenciones concedidas) o de ventas, lo que significa que, pese a esa disminución, la empresa puede tener beneficios, sin que, por tanto, haya de peligrar necesariamente su viabilidad.

b) Causas técnicas, organizativas y de producción

La concurrencia de estas causas se delimita en la norma de modo acentuadamente genérico, trazando por la insegura vía ejemplar el perfil de los supuestos de hecho que las originan sobre la base de ciertas líneas de la doctrina judicial y la jurisprudencia. Así, se entiende que concurren dichas causas (en rigor, el supuesto de hecho que permite configurarlas) cuando se produzcan ciertos cambios en determinados ámbitos, entre otros:

- Causas técnicas, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- Causas organizativas, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- Causas productivas, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En la línea de desproveer este despido de cánones interpretativos que faciliten la valoración judicial de su causalidad, también se suprime para estas causas la pauta finalista que las conectaba con su justificación, según la cual correspondía con anterioridad a la empresa acreditar su concurrencia y «justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMET).

B) Elemento justificativo

La función de este elemento se despliega una vez que la causa cualificativa ha sido identificada y consiste en aportar el fundamento que justifica la adopción de la medida extintiva. Tal fundamento se ha venido identificando por la doctrina científica y la jurisprudencia con la concurrencia de ciertos requisitos relativos a la actualidad, la realidad, la objetividad y la suficiencia del despido colectivo. Esta cuádruple causalidad no subsiste de modo pleno tras las reformas de 2010 y 2012.

a) La actualidad de la causa, referida a su existencia en el momento en que se inicia el procedimiento de despido, no puede mantenerse cuando se trate de pérdidas previstas respecto de la causa económica. Pero es operativa todavía en los restantes supuestos de hecho de la misma (pérdidas actuales o disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos) y en los que delimitan las causas técnicas, organizativas o de producción.

b) La realidad de la causa debe mantenerse dado que su exigencia ha pretendido evitar el carácter ficticio o inexistente de la misma (SSTSJ/Cantabria 20-12-1994 y La Rioja 21-4-1995). De esta forma, la causa actúa aun en el caso de que se alegue la previsión de pérdidas, ya que tal previsión ha de deducirse, para este y los restantes supuestos de hecho que delimitan las causas, de la obligación empresarial de

aportar una memoria explicativa que acredite la concurrencia de la causa o causas establecidas para este despido (arts. 51.2 ET conforme a la LEMURMEL, 4.1 y 5.1 RDPRODESURE).

c) La objetividad de la causa es asimismo exigible, dado que la misma ha de configurar un hecho no previsto ni buscado intencionadamente por el empresario, un hecho que sea, por tanto, ajeno a su voluntad. Lo que, en definitiva, implica exigir una gestión empresarial basada en la buena fe y en una usual diligencia, aspectos que son susceptibles de objetivación. La objetividad así entendida supone, por lo demás, descartar aquí el despido por fuerza mayor que, por su propia naturaleza, es independiente de dicha exigencia.

d) La suficiencia de la causa ha reducido ciertamente su ámbito de aplicación al suprimirse el anterior criterio finalista que vinculaba dichas pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas con la viabilidad de la empresa o su capacidad de mantener el volumen de empleo, a cuyo tenor ésta debía «acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» (art. 51.1 ET conforme a la LEMURMET). La eliminación de esa relación de causalidad, que la jurisprudencia había consagrado (STS 14-6-1996), comporta estrechar el margen de apreciación judicial, que es sin duda la finalidad de la actual regulación, al señalarse en ella cómo la anterior referencia normativa ha desembocado en «una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas» (apartado V Preámbulo LEMURMEL).

Tal estrechamiento tiene lugar por una doble vía. Por un lado, atendiendo a que la situación económica negativa no sólo no tiene que ser irreversible —aspecto ya señalado con anterioridad por la jurisprudencia—, sino que basta con la existencia de cualquier nivel de pérdidas, actuales o previstas, o con el hecho de que la disminución de ingresos o ventas se registre durante el mencionado período de tiempo. Por otro, dejando completamente al margen de dicha apreciación la capacidad de mantenimiento del empleo hacia el futuro (en el presente esa capacidad ya está afectada mediante el propio despido colectivo), de forma que sean razones de competitividad empresarial las que prevalezcan en la justificación de la causa.

Sin embargo, este requisito no puede tampoco obviarse por completo. Primero porque los hechos no pueden identificarse con las causas, sino que operan para la previa calificación de éstas (elemento calificativo) pero no las justifican por sí mismos (elemento justificativo). Segundo, dado que la estabilidad en el empleo se configura en nuestro ordenamiento laboral como un principio regulador del contrato de trabajo legalmente reconocido [arts. 2.*h*) y 23.1 LEM], lo que significa que el despido, incluyendo el colectivo, aparece como el último remedio para hacer frente a las situaciones que lo pueden provocar. En este sentido, sigue siendo válida la doctrina judicial anterior, declarando la necesidad de demostrar por parte del empresario que la medida extintiva de carácter colectivo proyectada «no puede ser evitada con otras acciones de gestión empresarial, lo que es tanto como decir que la amortización del puesto de trabajo debe venir justificada por constituir el último remedio, lo que no acaecería si la empresa pudiera solucionar su buen funcionamiento con otras medidas de menor severidad, como las atinentes a la movilidad funcional o suspensiones temporales de contratos» (SSTSJ/Cataluña 30-6-1995, País Vasco 12-12-1995 y La Rioja 16-6-1996). Criterio judicial del que se infiere una suerte de jerarquización en el ejercicio de los poderes empresariales de modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, lo que permite configurar el despido colectivo como el postrer recurso una vez agotado el catálogo de medidas derivadas de esos poderes.

La doctrina constitucional (STC 8/2015) ha avalado, sin embargo, la referida modificación del artículo 51.1 ET, supresora de la necesidad de que el empresario justificara la razonabilidad de su decisión extintiva. En este sentido, se sostiene que tal eliminación «ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a

constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía "para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado" o "para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma" en orden a favorecer "su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"». Por ello, se concluye que «no es posible apreciar que la nueva delimitación de lo que ha de entenderse por "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción" vulnere el art. 35.1 CE».

La referida sentencia rechaza, asimismo, que la antedicha modificación vulnere el artículo 24.1 CE, al entender que «no es cierto que la regulación controvertida incurra en un grado de indefinición tal que impida un control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada».

De esta doctrina difiere el voto particular formulado a la sentencia. Considera éste que «la norma legal revisada configura el despido económico, individual o colectivo, como un acto desvinculado, en la realidad de las empresas, de una situación con la suficiente entidad, proporcionalidad y necesidad, debilitando así, hasta hacer desaparecer, la más relevante de las limitaciones derivadas del constitucional derecho al trabajo, en su dimensión individual (art. 35.1 CE): la exigencia de una justa causa con entidad suficiente». De este modo, «Las causas del despido económico quedan convertidas, como paladinamente lo confiesa el preámbulo de la norma impugnada, en unos meros hechos que afectan al ámbito económico, técnico, organizativo o productivo; en unos hechos que, en la configuración de la citada ley, en modo alguno son expresivos de una mínima situación de necesidad, al menos indiciariamente objetivada, que pudiera justificar, incluso en apariencia, la procedencia de extinguir los contratos de trabajo». La supresión del juicio de razonabilidad, además, también supone «la exoneración al empresario de la carga de aportar los elementos o criterios en virtud de los cuales se procederá a la concreción de los concretos colectivos de trabajadores afectados por la decisión extintiva de carácter colectivo». En consecuencia, se concluye afirmando que «el nuevo art. 51.1, al formular las causas extintivas del contrato de trabajo por razones vinculadas al funcionamiento de la empresa sin una motivación justa, conectada de manera efectiva, clara y cierta con la marcha económica de la empresa, no respeta la manifestación sustantiva o material del contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión individual. En atención a ello, el art. 51.1 y, por conexión, el art 52 c), ambos del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, debieron declararse inconstitucionales y nulos».

4. Procedimiento: período de consultas

Con anterioridad al RDL-MURMEL, el procedimiento de despido colectivo constaba de dos fases: una fase de consultas y otra relativa a la solicitud por parte del empresario a la autoridad laboral de la autorización para despedir, que iniciaba el denominado expediente de regulación de empleo, cuya tramitación y resolución competía a dicha autoridad. Aquella norma suprime la autorización administrativa exigida con anterioridad a fin de que el empresario pudiera adoptar su decisión de despedir (supresión confirmada por la LEMURMEL). Un previo e importante medio de control de la regularidad de dicha decisión queda ahora sin efecto, con algunas salvedades transitorias: los expedientes de regulación de empleo fundados en extinción colectiva de los contratos de trabajo resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación el 12 de febrero de 2012 se regirán por la normativa en vigor en el momento de dictar la resolución del expediente, en tanto que aquellos otros que estuvieran en trámite en esa fecha habrán de regirse por la normativa en vigor en el momento de su inicio (Disp. Trans. 10.ª LEMURMEL y Disp. Trans. única, 2 y 3 RDPRODESURE). Tras dicha supresión, el referido procedimiento se ciñe en la actualidad al período de consultas (art. 51, 1 a 6 y 8 a 11 ET conforme a la LEMURMEL y a la

LETAPMUES, y arts. 1 a 15 y 25 a 29 RDPRODESURE). Con carácter también transitorio se establece que a los procedimientos incluidos en el ámbito de aplicación del RDPRODESURE e iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (el 31-10-2012) pero con posterioridad al 12 de febrero de 2012, se les debe aplicar la normativa vigente en el momento de su inicio (Disp.Trans. única.1 RDPRODESURE).

A) Apertura, naturaleza y contenido

El empresario debe abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de una duración no superior a treinta días o a quince días en las empresas con una plantilla inferior a los cincuenta trabajadores. La finalidad del período de consultas es lograr un acuerdo. Al igual que sucede, en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y de suspensión y reducción de jornada, no se trata de un mero trámite de audiencia o de una mera obligación de informar por parte del empresario. Estamos ante una manifestación específica de la negociación colectiva. Que ello es así lo pone de relieve también aquí la obligación legal y expresa de negociar de buena fe que recae sobre las partes negociadoras (art. 51.2 ET conforme a la LEMURMEL y art. 7.1, 4 y 5 RDPRODESURE).

El contenido de la consulta debe versar, como mínimo, «sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad» (art. 51.2.1.º ET conforme a la LEMURMEL). Con esta finalidad, los representantes de los trabajadores deben disponer desde el inicio del período de consultas de la documentación preceptiva (art. 7.1 RDPRODESURE). Se ha suprimido del contenido mínimo la obligación de que la denominada consulta versara sobre las causas motivadoras del expediente, esto es, de la decisión empresarial, que contemplaba la anterior regulación, de forma que se reduce el margen para plantear en la negociación la incidencia que pueda tener la gestión empresarial en la decisión de despedir, ampliando así el poder organizativo del empresario. Con ello, se dificulta al tiempo el control judicial sobre los requisitos que justifican dichas causas, en el sentido antes señalado.

Se ha eliminado asimismo la obligación de que las empresas de cincuenta o más trabajadores adjuntaran a la documentación de inicio del procedimiento un plan de acompañamiento social. En su lugar, la actual regulación contempla para todas las empresas que pretendan realizar un despido colectivo «medidas sociales de acompañamiento», que podrán considerarse en el período de consultas. Tales medidas se diversifican en la norma reglamentaria atendiendo al contenido de dicho período, señalándose algunas a título ejemplar. De un lado, las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos, tales como la recolocación interna de los trabajadores en la misma empresa o grupo de empresas del que forme parte, la movilidad funcional y geográfica o las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. De otro, las medidas orientadas a atenuar las consecuencias del despido en los trabajadores afectados, entre otras, el derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional, la recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, las acciones de formación o reciclaje profesional o la promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social (art. 8 RDPRODESURE).

Al margen de otras vías extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, existe la específica posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores acuerden en cualquier momento (incluso antes de su inicio) sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje de aplicación en el ámbito de la empresa, que debe desarrollarse en el plazo máximo establecido para dicho período (art. 51.2 conforme a la LEMURMEL y art. 28.4 RDPRODESURE). Sobre el cómputo de dicho plazo véase el Capítulo 12, II, 2, D). Por lo que se refiere a la mencionada posibilidad de sustitución, debe señalarse que, si bien la misma se establece en cualquier momento «del período de consultas», no existe prohibición alguna para que, en virtud del principio de autonomía negocial colectiva [Capítulos 2, II, C) y 15, I, 3, C)], pueda acordarse esa sustitución antes del comienzo formal del citado período, añadiéndose

así una garantía adicional a la consecución de un acuerdo cuando éste se presuma razonablemente de difícil consecución durante el desarrollo de tal período, al que siempre puede acudirse con posterioridad en el supuesto de que el procedimiento de mediación que se haya utilizado concluya sin acuerdo (si se utiliza el arbitraje esta segunda posibilidad es inexistente, salvo nulidad del procedimiento o del laudo arbitral). De este modo, se refuerza la efectividad del período de consultas, «que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación una vez eliminada la autorización administrativa previa» (Preámbulo, objetivo segundo, RDPRODESURE).

B) Legitimación para intervenir en la comisión negociadora y adopción de acuerdos

Están legitimados como interlocutores para intervenir en la comisión negociadora del período de consultas, los representantes legales de los trabajadores, conforme a lo establecido al respecto en el art. 41.4 ET para las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo. En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos, con carácter previo al inicio del período de consultas, podrán atribuir su representación a una comisión representativa designada conforme a lo dispuesto en el artículo citado 41.4 ET (comisión directa o sindicalizada), cuyos miembros integrarán la parte social de la comisión negociadora. Se aplica, asimismo, lo dispuesto en este precepto sobre la constitución de la comisión representativa de los trabajadores art. 51.2 ET conforme a la LEMURMEL, el RDPRODESURE y la LETAPMUES; Capítulo 12, II 2, D)]. La consulta ha de efectuarse en una única comisión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes

Los acuerdos que se adopten en el período de consultas requieren la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, a cuyo efecto se debe considerar el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de los integrantes de dicha comisión.

C) Formalidades y funciones de la autoridad laboral

La apertura del período de consultas se ha de comunicar por escrito a los representantes legales de los trabajadores (o, aunque la norma no lo diga, a la comisión representativa elegida por estos ante la inexistencia de dichos representantes) remitiendo una copia del mismo a la autoridad laboral. En dicho escrito han de consignarse determinados extremos (art. 51.2 ET conforme a la LETAPMUES). Esta última norma los amplía con «la finalidad de mejorar la seguridad jurídica en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva», según reza el apartado II de su preámbulo.

- *a)* La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 51 ET (no debe confundirse con la motivación de las causas antes aludida).
- *b)* Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- *c)* Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- *d)* Período previsto para la realización de los despidos.
- *e)* Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- *f)* Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa sobre su intención de imiciar el procedimiento de despido colectivo
- *g)* Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, o en su caso, indicación de la falta de constitución de la misma en los plazos legales.

A la comunicación debe acompañarse una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, de los restantes extremos indicados a incluir en la misma y «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen» (art. 51.2 ET conforme a la LEMURMEL y art. 3.2 RDPRODESURE). La norma reglamentaria pormenoriza esa información cuando se trata de causas económicas (por ejemplo, cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos, estado de cambios en el patrimonio neto o criterios utilizados para estimar la previsión de pérdidas: art. 4 RDPRODESURE). Mucho menos precisa es, sin embargo, la exigencia de información cuando ésta se refiere a causas técnicas, organizativas o de producción, en cuyo caso se limita a requerir al empresario que acompañe «informes técnicos» acreditativos de la concurrencia de dichas causas (art. 5.2 RDPRODESURE)», sin precisar ni los sujetos habilitados para su emisión, ni el contenido específico sobre el que tales informes deben versar, reproduciéndose únicamente en este último extremo la noción legal genérica de dichas causas.

De modo simultáneo a la entrega de la referida comunicación a los representantes unitarios de los trabajadores, el empresario debe solicitar de éstos el informe previsto en el artículo 64.5.*a*) ET, a fin de que puedan ejercer su derecho a evacuarlo con carácter previo a la ejecución de la decisión de despido colectivo» (art. 3.3 RDPRODESURE). Deber que, naturalmente, sólo puede cumplirse respecto de dichos representantes si estos existen en la empresa.

El empresario debe hacer llegar a la autoridad laboral, junto a la copia del escrito de apertura del período de consultas comunicado a los representantes de los trabajadores, la mencionada memoria explicativa, copia del escrito de solicitud a los representantes unitarios de los trabajadores del informe anteriormente citado, así como la información sobre la composición de la representación de los trabajadores y de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo. Tras haber recibido la comunicación de apertura del procedimiento junto a la restante documentación exigida, la autoridad laboral ha de trasladarla a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabar, con carácter preceptivo, informe de la ITSS sobre el contenido de la comunicación y el desarrollo del período de consultas. El informe debe evacuarse en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y ha de quedar incorporado al procedimiento.

Suprimida la autorización administrativa, la autoridad laboral desempeña ahora funciones de supervisión, mediación y asistencia de las partes. En cuanto a la supervisión, se establece un deber de vigilancia por parte de dicha autoridad a fin de lograr la efectividad del período de consultas (por ejemplo, verificando que durante el mismo se cumple realmente la obligación de negociar de buena fe). Con arreglo a esta función, la autoridad puede remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no suponen de ningún modo ni la paralización ni la suspensión del procedimiento.

Asimismo y sin perjuicio de la referida facultad de las partes de sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje [*supra* 4, A)], a petición de éstas la autoridad laboral puede realizar durante dicho período las actuaciones de mediación que sean convenientes, con el objetivo de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Por último y con la misma finalidad, dicha autoridad también está facultada para desarrollar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa (por ejemplo, mediante la conciliación o la información técnica).

D) Finalización

Concluido el período de consultas, el empresario debe comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo, trasladándole copia del acuerdo cuando éste se haya alcanzado. En el caso de que no exista acuerdo, debe remitir a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral «la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo» (art. 51.2 ET). Si en plazo de quince días desde la fecha de la última reunión en el periodo de consultas el empresario no les comunica tal decisión, se produce la caducidad del procedimiento de despido colectivo. Por otra parte, la declaración

de la empresa en concurso antes de que la autoridad laboral reciba la comunicación relativa a la decisión final del despido, comporta el archivo de las actuaciones por parte de dicha autoridad y el subsiguiente traslado de las mismas al juez del concurso (art. 29 RDPRODESURE).

Cuando la extinción afecte a un volumen de personal superior al 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario a dicha autoridad de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad competente.

El empresario debe notificar por escrito e individualmente el despido a los trabajadores afectados, explicitando la causa del mismo, la fecha de efectos y poniendo a su disposición, de modo simultáneo, una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los períodos inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Por lo que se refiere a la fecha de efectos del despido, entre ésta y la fecha previa de comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral deben haber transcurrido treinta días como mínimo.

5. Efectos

La regulación de los efectos aparejados a la decisión empresarial de despido colectivo está relacionada con determinadas finalidades: *finalidad de mantenimiento del empleo* para ciertos trabajadores, atendiendo a su función representativa o a su vulnerabilidad en el mercado de trabajo (prioridades de permanencia); *finalidad facilitadora del posterior empleo* de los trabajadores afectados (plan de recolocación externa); *finalidad incentivadora de la responsabilidad social del empleador* mediante su participación en ciertos costes del despido (aportación económica y abono de cuotas) y *finalidad paliativa de la pérdida del empleo* de los trabajadores afectados (ayudas previas a la jubilación ordinaria y protección por desempleo).

A) Prioridades de permanencia

Los representantes legales de los trabajadores afectados por el despido tienen prioridad de permanencia en la empresa. Junto a ello y recogiendo una práctica de la negociación colectiva, ahora se añade la posibilidad de que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se puedan establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. En todo caso, la empresa debe justificar en la decisión final de despido la afectación específica a los trabajadores beneficiados con prioridad de permanencia.

B) Plan de recolocación externa

La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores debe ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas (agencias de colocación, ETT), obligación de la que quedan exceptuadas las empresas que se hayan sometido a un procedimiento concursal. Dicho plan, diseñado para un período mínimo de seis meses, presentado por la empresa al inicio del procedimiento y sin perjuicio de su concreción o ampliación durante el período de consultas, ha de incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo, con especial extensión e intensidad para los trabajadores de mayor edad afectados. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no puede recaer en ningún caso sobre los trabajadores. El incumplimiento de esta obligación o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, faculta a los trabajadores afectados para reclamar su cumplimiento, sin perjuicio de la exigencia de las responsabilidades administrativas que procedan.

C) Aportación económica y abono de cuotas

En el contexto de crisis económica surge una obligación de esta índole para determinadas empresas, a fin de que éstas participen de los costes a cargo de la Administración Pública en los despidos colectivos que supongan la extinción de un elevado número de contrato de trabajo de ciertos trabajadores y, con la finalidad implícita de que acomoden su gestión ordinaria a criterios coherentes con su responsabilidad social. En este sentido, las empresas que realicen despidos colectivos con arreglo al artículo 51 ET, en los que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deben efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que en tales despidos concurra, además, una doble circunstancia (Disp. Adic. 16.ª LAAMSS modificada por la Disp. Final 4.ª LEMURMEL y art. 2.1 RDEMDECIN).

1.ª Su realización por empresas de más de cien trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.

2.ª Obtención de beneficios por las empresas o el grupo de empresas del que forme parte en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario haya iniciado el procedimiento de despido colectivo, aunque concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

El importe de la aportación se determina anualmente mediante la aplicación de un tipo legalmente establecido. El tipo aplicable se fija de acuerdo con una escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido en relación con el número de trabajadores despedidos y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre sus ingresos. El referido tipo se aplica teniendo en cuenta una serie de conceptos que la norma recoge a fin de determinar aquel importe (cuantías totales abonadas por el SEP por prestaciones de desempleo de nivel contributivo y por cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores de más de cincuenta años afectados, así como un canon fijo por cada trabajador que haya agotado dichas prestaciones y que comience a percibir el subsidio por desempleo o el de mayores de cincuenta y dos años).

En la línea de dispensar específica protección a los trabajadores de mayor edad, se prescribe la obligación empresarial de abonar las cuotas destinadas a financiar un convenio especial de Seguridad Social con los trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que carecieran de la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 (art. 51.9 ET conforme a la LEMURMEL).

D) Ayudas previas a la jubilación ordinaria

A los trabajadores afectados por despido colectivo (art. 51 ET) o despido objetivo plural (art. 52.c ET) en virtud de procesos de reestructuración de empresas --que la crisis económica de 2008 ha aumentado con desmesura--, se les pueden conceder subvenciones, denominadas ayudas previas a la jubilación voluntaria contributiva en el sistema de la Seguridad Social (RDL 3/2014, de 10 de enero). A su través, se pretende atender situaciones de urgencia y necesidad socio-laboral que permitan paliar las consecuencias sociales de dichos procesos.

a) *Beneficiarios*. La delimitación de dichas situaciones se efectúa de forma indirecta, estableciendo los requisitos que los trabajadores afectados han de reunir en concepto de beneficiarios de aquellas ayudas.

- Cumplimiento de una edad inferior en cuatro años, como máximo, a la edad de jubilación voluntaria contributiva en el citado sistema (65 años de edad con 38 años y seis meses cotizados o 67 años de edad, implantada ésta última progresivamente desde los 65 años a partir del 1-1-2013 hasta el 1-1-2027 con paralelo y gradual aumento de los periodos de cotización exigidos hasta alcanzar la referida cotización en este último año: ver Sistema de Derecho de la Protección Social, capítulo 11, I, 2).
- Cobertura del período de cotización necesario para dicha jubilación y que corresponda en cada caso conforme a la aplicación gradual del mismo legalmente establecida al que se acaba de hacer referencia.

- Acreditación de una antigüedad mínima de dos años en la empresa o grupo de empresa en el momento de solicitar el reconocimiento de la ayuda.
- Transcurso de un plazo máximo de cuatro años entre la fecha de comunicación a la autoridad laboral del acuerdo alcanzado en el período de consultas y la fecha de reconocimiento de la ayuda.
- Inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo en el momento de la concesión de la ayuda, salvo el supuesto de compatibilidad de la ayuda con el trabajo a tiempo parcial remunerado en cuantía anual inferior al SMI; haber agotado en su caso la prestación contributiva por desempleo y no haber sido sancionado durante el período de su percepción en virtud de infracción que suponga la perdida de dicha prestación. La exigencia de este último requisito no resulta proporcionada, teniendo en cuenta que el mismo actúa, material aunque no formalmente, como una sanción adicional indirecta y que se trata de trabajadores de edad avanzada para los que encontrar un nuevo empleo en la economía regular, máxime en fases de crisis económica, resulta prácticamente inviable.
- Ausencia de causa de incompatibilidad para la percepción de la ayuda, Se considera incompatible a estos efectos ser beneficiario de pensión de jubilación, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, o perceptor de cualquier prestación o subsidio por desempleo, dado el carácter de rentas de sustitución atribuido a dichas pensiones y prestaciones. Por el contrario, es compatible la ayuda con el mencionado supuesto de trabajo a tiempo parcial.

b) Duración y contenido de la ayuda. La ayuda sólo puede percibirse hasta un máximo de cuatro años desde su concesión y, en todo caso, hasta el cumplimiento de edad de la referida jubilación por el beneficiario. Su contenido consiste, para cada trabajador, en una percepción económica mensual y en la cotización a la Seguridad Social por parte de la TGSS durante el período de dicha percepción.

E) Protección del desempleo

Los trabajadores afectados por el despido pasan a la situación legal de desempleo [art. 208.1.1).*a*) LGSS], con derecho a percibir las correspondientes prestaciones si reúnen los requisitos exigidos.

En este ámbito de la protección por desempleo, debe tenerse en cuenta una medida de coyuntura, surgida al socaire de la crisis económica de 2008 e Introducida inicialmente por el RDL 2/2009, de 6 de marzo (art. 3), reiterada, con alguna modificación por la LEMURMEL (art. 16) y modificada, a su vez, por el RDL 1/2013, de 25 de enero (art. 3). La medida contempla el supuesto de empresas que, habiendo suspendido contratos de trabajo, de forma continuada o no, o habiendo reducido el número de días o de horas de trabajo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 ET, procedan posteriormente a su extinción mediante despido colectivo (art. 51 ET) o despido objetivo plural (art. 52.c) ET). En tal caso, los trabajadores afectados tienen derecho a que se les reponga la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hayan percibido la prestación, total o parcial, en virtud de dicha suspensión o reducción, con el límite máximo de 180 días y siempre que se cumplan dos requisitos temporales.

En primer lugar, la suspensión o reducción debe haberse producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, (Disp.Trans. tercera LEMURMEL). Ese tramo temporal se flexibiliza, sin embargo, para los trabajadores afectados por resoluciones, administrativas o judiciales, dictadas hasta el 31 de diciembre de 2011 inclusive, pero que hayan autorizado suspensiones de los contratos de trabajo o reducciones de jornada con efectos del 1 de enero de 2012. En este supuesto, los trabajadores tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo en los términos y con los límites establecidos en el artículo 16 LEMURMEL (Disp. Trans. tercera LEMURMEL).

En segundo término, el despido debe haber tenido lugar entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014. No obstante, el derecho a la reposición se mantiene para los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido con anterioridad al 12 de febrero de 2012 y hayan estado afectados previamente por expedientes de suspensión de contratos o reducción de jornada en los casos previstos en el artículo 16 LEMURMEL y en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial autorizatoria de dicha extinción (Disp. Trans. tercera LEMURMEL).

F) Impugnación y calificación judicial de los despidos

La decisión empresarial de despedir podrá impugnarse, a través de las acciones previstas para este despido, por los representantes legales de los trabajadores, por la autoridad laboral y por los trabajadores afectados (aunque estos últimos han de seguir la modalidad procesal de extinción del contrato por causas objetivas) en virtud de los motivos legalmente establecidos [art. 124 LJS conforme a la LEMURMEL y la LETAPMUES). Cuestiones que son objeto de estudio en el lugar oportuno (capítulo 26, III, 2, A)].

6. Despido colectivo en el supuesto de concurso

La extinción colectiva de los contratos mediante este despido se rige por la legislación concursal cuando el empresario esté sometido a un procedimiento de esta naturaleza, tramitado ante el juez mercantil (arts. 57, bis ET y 64.1 ET), quien, una vez, cumplimentado, ha de adoptar la pertinente resolución conforme a la legislación laboral (art. 64.7 LC). Las reglas que regulan este supuesto están contenidas básicamente en los artículos 33.1, c) y 64 LC (inicialmente modificados por la LETAPMUES y con posterioridad por la LEMUCON), aplicándose supletoriamente la legislación laboral en aquello que los mismos no prevean. La regulación básica relativa al procedimiento y a los efectos ya estudiados para las modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, deben darse por reproducidas, con la lógica salvedad de su acomodación a la modalidad extintiva que aquí se examina [Capítulo 12, II, 2, D)], especialmente en el supuesto de las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 ET y motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, que tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 64 LC para la extinción de los contratos. En este sentido, una vez acordada la iniciación del procedimiento regulado en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente al concursado posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva.

7. Despido colectivo en el sector público

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tanto el colectivo como el objetivo plural [arts. 51 y 52.*c*) ET] se aplica al personal laboral que presta servicio a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), con algunas peculiaridades (Disp. Adic. 20.ª ET, añadida por la Disp. Adic. 2.ª LEMURMEL y arts. 34.2, 34.4, 35.3, 38, 41.1, 45 y 47.1 RDPRODESURE), entre las que cabe destacar:

1.ª Se sujeta la aplicación de la normativa laboral al marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

2.ª Se regulan de forma parcialmente distinta las causas motivadoras del despido para el personal laboral de los entes, organismos y entidades de las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo

3.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011. Por un lado, reduciendo dichas causas a las económicas, técnicas y organizativas, con exclusión de las productivas al no formar parte de dichas Administraciones las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria. Por otro, proporcionando una calificación específica de dichas causas. En esta segunda vertiente, se entiende que concurren causas económicas cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria, que ha de ser sobrevenida (verificable por la concurrencia de déficit presupuestario y de la minoración de los créditos en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores), así como persistente (constatable por su presencia durante tres trimestres consecutivos). Por lo que se refiere a las restantes causas, se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando los cambios tengan lugar, a modo de ejemplo, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

3.ª Se reconoce prioridad de permanencia al personal laboral fijo que haya adquirido esa condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto y establecido por los referidos entes, organismos y entidades.

4.ª Se atribuye al SPE del ámbito territorial que corresponda la elaboración del plan de recolocación externa que en su caso proceda.

5.ª Se exige la emisión de informe por el órgano competente de la respectiva Administración sobre el resultado del período de consultas, ya sea el acuerdo que se trate de suscribir, ya sea la decisión que el ente, organismo o entidad se proponga adoptar. El informe tiene carácter vinculante en el caso de la Administración del Estado y de las Administraciones Públicas en las que la normativa de aplicación exija la emisión de informe previo y favorable cuando se trate de pactos, acuerdos o convenios colectivos de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio. La ausencia de dicho informe determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo o decisión adoptados sin este requisito.

V. DESPIDO POR FUERZA MAYOR

1. Concepto y caracteres

A) Concepto

El contrato de trabajo puede extinguirse voluntariamente por el empresario en virtud de «fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada» de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 51 ET [art. 49.1.*h*) ET conforme a la LEMURMEL]. Este tipo de despido reúne los caracteres comunes al despido como categoría unitaria, así como la exigencia de una causalidad específica, la derivada de la existencia de una fuerza mayor que actúe de forma extintiva sobre los contratos de trabajo, es decir, que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo y la consiguiente percepción del salario.

El vigente ordenamiento laboral no proporciona un concepto de la fuerza mayor determinante del despido, por lo que la doctrina científica y la jurisprudencia vienen admitiendo la noción que a este propósito se recogía en el artículo 76.6 LCT 1944 y que suponía la aplicación al ámbito laboral del concepto general que de la fuerza mayor suministra el vigente artículo 1.105 CC.

B) Caracteres

Los caracteres de la fuerza mayor derivan de su noción legal y, al tiempo, operan como requisitos de esta modalidad de despido: el carácter inimputable y el carácter definitivo.

a) Carácter inimputable

La fuerza mayor que imposibilita definitivamente la ejecución del contrato de trabajo, ha de tener su origen fuera del ámbito de disposición y de responsabilidad del empresario en cuanto sujeto de dicha relación contractual. El carácter imprevisible o inevitable del suceso determinante de la fuerza mayor implica que la voluntad del empresario no ha tenido intervención alguna en la producción de dicho suceso. De ahí que éste resulte inimputable.

De modo inverso, este carácter explica que no puedan considerarse como supuestos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que impiden la prestación laboral y en cuya producción incide la voluntad del empresario. Pueden citarse algunos ejemplos a este respecto.

- El cierre indefinido del centro de trabajo, acordado por el Gobierno o los órganos de Gobierno de las CCAA, cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 53 LPRL). La concurrencia de la voluntad empresarial en estas infracciones —ya sea a título de dolo o de culpa—, supone que dicho cierre lleve aparejado la percepción por los trabajadores de las indemnizaciones que procedan (art. 53 LPRL), las cuales se fijarán por la autoridad laboral competente al decidir el cierre y la extinción de los contratos de trabajo.
- La imposibilidad de que el trabajador realice su prestación laboral porque el empresario se retrase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador (art. 30 ET). Se está aquí ante un supuesto de incumplimiento contractual del empresario que lesiona el derecho a la ocupación efectiva del trabajador. Tratándose de un incumplimiento empresarial, el trabajador no ve alterada su posición jurídica de acreedor de salario, de forma que la ley le reconoce el derecho a conservarlo, configurando así, como ya se sabe, una mera interrupción de la relación contractual.
- La imposibilidad de que el trabajador realice su prestación por causa imputable a un tercero (por ejemplo, por causa de huelga parcial de carácter legal cuando los trabajadores no huelguistas se ven impedidos de realizar su prestación por alguna razón relacionada con el desarrollo de la huelga). En este caso no existe un supuesto de fuerza mayor que permita al empresario extinguir los contratos de los trabajadores no huelguistas o, sin recurrir a la extinción, que le exonere del pago del salario a dichos trabajadores. Ello porque, aunque la falta de prestación laboral efectiva de los trabajadores no huelguistas se produce por causa no imputable al empresario, éste puede utilizar los mecanismos legales existentes para liberarse de retribuir a dichos trabajadores: el cierre patronal o la suspensión de relaciones laborales por fuerza mayor (STS 20-6-1995). Si no los utiliza pudiendo hacerlo, sigue siendo deudor de salario y, por tanto, debe abonarlo a los trabajadores no huelguistas (supuesto de interrupción de la relación laboral).

b) Carácter definitivo

La fuerza mayor que opera como causa extintiva del CT ha de tener un carácter definitivo. Por tanto, ha de producir una destrucción y desorganización sobre los bienes e instalaciones del centro de trabajo de carácter irreversible. Ahora bien, este carácter puede descomponerse en una doble vertiente:

En primer lugar, la imposibilidad de realizar la prestación laboral. De forma que no basta con que dicha prestación se vea simplemente dificultada, sino que ha de resultar de imposible ejecución. Porque, si a pesar de que se haya producido un hecho imprevisible o inevitable, se puede continuar desarrollando el trabajo no existirá tal imposibilidad. A este supuesto se refiere el artículo 35.3 ET al establecer que «no se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo de las horas extraordinarias realizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias». Compensación que puede consistir en su abono o en el disfrute de tiempos equivalentes de descanso retribuido (art. 35.1 ET).

En segundo término, la imposibilidad de prestar el trabajo ha de ser definitiva. De no ser así, la fuerza mayor actuará tan sólo como causa de suspensión de dicha relación contractual con un carácter meramente temporal [art. 45.1.*i*) ET].

El carácter definitivo de la imposibilidad de prestar el trabajo se refiere a la continuidad en el tiempo de los efectos de la fuerza mayor, no al acontecimiento que desata la fuerza mayor que, en principio, es transitorio. Esa continuidad de los efectos implica que la prestación de trabajo no puede volver a reanudarse, salvo que se desarrolle por el empresario un esfuerzo extraordinario (de tiempo y recursos) al que jurídicamente no se le puede obligar, ya que dicho esfuerzo excede del ordinario programa contractual pactado y de los contornos del principio de la buena fe.

2. Clases

Los sucesos que originan la fuerza mayor pueden tener distinta intensidad y extensión. Ello va a incidir directamente en el alcance de la fuerza mayor extintiva sobre los contratos de trabajo, lo que permite hacer referencia a dos clases de fuerza mayor atendiendo al número de contratos afectados: la fuerza mayor total y la fuerza mayor parcial.

La norma recoge indirectamente esta distinción al referirse a la existencia de fuerza mayor como causa que motiva la extinción de los contratos de trabajo «cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados» (art. 51.7 ET conforme a la LEMURMEL). Este número de trabajadores no está sujeto a los umbrales establecidos en el artículo 51.1 ET para el despido colectivo, ya que el despido por fuerza mayor se configura por la ley como una causa de despido independiente de aquél [art. 49.1.*h*) e *i*) ET, respectivamente], del que le separan relevantes aspectos.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el despido colectivo, esta doble modalidad de despido por fuerza mayor no tiene consecuencias en cuanto a su régimen jurídico, puesto que son comunes para ambas clases el concepto, los caracteres, las causas y el procedimiento al que las mismas han de sujetarse. La diferencia entre dichas modalidades no es, por tanto, de carácter legal, sino de orden material.

3. Causas

Las causas de este despido se refieren a los concretos acontecimientos que pueden identificarse como fuerza mayor extintiva de los contratos de trabajo. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que la noción jurídica de fuerza mayor extintiva de los contratos de trabajo comprende no sólo las causas señaladas por vía de ejemplo en el artículo 76.6 LCT 1944, sino también «cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar» (STS 16-5-1995). No obstante, se excluyen como causa de fuerza mayor los acontecimientos de carácter extraordinario debidos a circunstancias naturales pero que se producen con cierta frecuencia o regularidad en la zona en la que el centro del trabajo esté emplazado (por ejemplo, nevadas o calor extremo).

Por el contrario, la propia jurisprudencia ha admitido como acontecimientos equivalentes de carácter extraordinario y determinantes de la fuerza mayor, entre otros, los derivados de los dos siguientes supuestos:

1.º El *factum principis*. Es decir, toda decisión de los poderes públicos que no resulte imputable al empresario (por imprevisible o inevitable) y que imposibilite definitivamente la prestación laboral.

Las decisiones que actúan como causa de fuerza mayor conforman un mosaico muy diverso. A modo de ejemplo, pueden citarse la detención o decomiso de mercancías por parte de la autoridad competente; la paralización de la actividad de la empresa debida a decisiones administrativas de carácter general (restricciones eléctricas o de suministro de agua en una determinada zona) o la prohibición por la autori-

dad competente y por razones de interés público de una determinada actividad anteriormente permitida en la zona (por ejemplo, discoteca o fábrica de material pirotécnico).

En sentido contrario, la inexistencia de los requisitos propios de la fuerza mayor ha conducido a negar esta calificación a determinadas decisiones de los poderes públicos, tales como la privación de libertad del empresario, la revocación o la reducción de subvenciones a la empresa basada en el incumplimiento de la normativa vigente, el desahucio de los locales arrendados que ocupa la empresa o el embargo de los bienes de la empresa por impago de impuestos. En estos supuestos y siempre que concurran las causas establecidas, el empresario puede acudir a la extinción de los contratos de trabajo por el cauce del despido colectivo.

2.º Actos de un tercero que no tenga la consideración de poder público, siempre que no sean imputables al empresario y que imposibiliten definitivamente la prestación laboral. En esta causa encajan distintos supuestos tales como el desabastecimiento de materias primas por agotamiento de una determinada fuente natural o ruptura de relaciones comerciales o el robo, cuando éste genere una efectiva imposibilidad de continuar la actividad empresarial.

4. Procedimiento

El procedimiento se inicia mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que considere necesarios. De forma simultánea a la solicitud, la empresa comunicará el inicio del procedimiento a los representantes legales de los trabajadores, sin que proceda aquí la apertura de período de consultas alguno, ya que, al tratarse de un supuesto de fuerza mayor, no cabe adoptar acuerdo sobre la misma (STCT 28-6-1988), a diferencia del despido colectivo en el que la decisión del empresario tiene un mayor componente valorativo. Sin embargo, el argumento no es convincente, porque, aun siendo cierto que en la fuerza mayor propia no existe margen para la valoración, sí cabe la posibilidad de que el empresario haya realizado una estimación errónea no tanto del acontecimiento determinante de la fuerza mayor como del carácter definitivo de la misma, lo que permitiría apreciar con los referidos representantes la viabilidad de que la decisión empresarial fuera de carácter suspensivo y no extintivo.

La autoridad laboral ha de llevar a cabo todas las actuaciones y solicitar todos los informes que considere indispensables, entre los que ha de figurar, con carácter preceptivo, el emitido por la ITSS. Dictará resolución en el plazo de cinco días hábiles a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del organismo, limitándose a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a ésta la decisión sobre la extinción de los contratos. La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, es decir, tendrá efectos retroactivos. La empresa debe comunicar la decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral (arts. 51.7 ET conforme a la LEMURMEL y 33.1 y 3 RDPRODESURE). En suma, a diferencia de lo dispuesto en el ordenamiento común (art. 1.105 CC), en el laboral la existencia de fuerza mayor como causa de extinción de los contratos de trabajo no permite al empresario extinguir extrajudicialmente, de modo automático, la relación contractual, ya que la fuerza mayor debe ser constatada en todo caso por la autoridad laboral.

5. Efectos

a) Tanto la decisión administrativa autorizando o no el despido por fuerza mayor, como la decisión empresarial de despedir por dicha causa pueden impugnarse ante la jurisdicción competente (contencioso-administrativa y laboral, respectivamente). La sentencia puede declarar la decisión extintiva ajustada o no ajustada a Derecho y nula con el alcance ya visto para el despido colectivo [*supra* IV, 5, E)], aunque acomodado para esta última en cuanto al procedimiento para constatar la fuerza mayor. Por tanto, la decisión extintiva será:

- Ajustada a Derecho cuando el empresario haya cumplido con los trámites exigidos y haya acreditado la concurrencia de la causa o causas alegadas.
- No ajustada a Derecho cuando no se haya acreditado la concurrencia de la causa alegada en la comunicación extintiva del despido.
- Nula cuando no se haya respetado el procedimiento establecido, no se haya obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista y cuando la medida empresarial haya vulnerado derechos fundamentales y libertades públicas. En este caso, la sentencia ha de declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo.

Si el empresario está declarado en concurso, hay que estar a lo dispuesto en la legislación mercantil (arts. 57 bis ET y 64 CCo).

b) Cuando el despido se decide, una vez constatada la fuerza mayor, o si, en caso de ser recurrido, se declara justificado, procede la fijación de indemnizaciones a favor de cada uno de los trabajadores afectados al igual que en el despido colectivo y en la misma cuantía: veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades. La justificación de la indemnización estriba en el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de fuerza mayor temporal suspensiva, en la fuerza mayor extintiva existe una pérdida del empleo que debe ser compensada aunque no exista responsabilidad contractual por parte del empresario.

Como ya se estudió [Capítulo 11, IV, 4, B)], la autoridad laboral puede acordar que las indemnizaciones sean satisfechas, íntegra o parcialmente, por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario. Para adoptar esta decisión, dicha autoridad tendrá en cuenta distintos factores, tales como la intensidad y la extensión de los efectos de la fuerza mayor, el número de trabajadores afectados o la situación económica de la empresa.

c) Los trabajadores afectados por el despido se hallan en situación legal de desempleo [art. 208.1.1).*a*) LGSS], pudiendo percibir las correspondientes prestaciones por esta contingencia, siempre que reúnan los requisitos exigidos para ello. Dichas prestaciones comienzan a percibirse desde la fecha en que efectivamente se produce la extinción por esta causa, teniendo en cuenta que esa fecha será siempre anterior a la resolución administrativa.

d) En el supuesto de que, una vez que se haya instruido el procedimiento, la autoridad laboral no constate la existencia de la fuerza mayor, puede iniciarse el procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, conforme a lo establecido en el Titulo I del RDPRODESURE (art. 33.4 RDPRODESURE).

BIBLIOGRAFÍA

I. Extinción del contrato de trabajo: concepto, fundamento y causas

AAVV: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996.

Ágil Plana, J.: *El despido de la trabajadora embarazada*, Madrid, 2011.

Albiol Montesinos, I. (dir.): *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 2011.

Alonso Olea, M.: *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Madrid, 1957.

Baylos Grau, A., y Pérez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009.

Cabeza Pereiro, J.: «El despido tácito», *REDT*, n.º 64/1994.

Ceinos Suárez, A.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Pamplona, 2008.

De la Villa Gil, L. E.: *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1960.

Del Valle Villar, J. M.: *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador*, Madrid, 1988.

Desdentado Bonete, A., y De la Puebla Pinilla, A.: *Despido y jurisprudencia. La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, 2002.

Gete Castrillo, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, 2001.

Goerlich Peset, J. M.: «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *TS*, n.º 61/1996.

Gómez Álvarez, T.: *La extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empresario*, Granada, 2001.

González de Patto, R. M.: *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 2009.

Martínez Abascal, V. A.: «Notas sobre la extinción del contrato de trabajo en la Ley 2/1991», *RT*, n.º 100/1990.

— (coord.): *Problemas aplicativos del despido tras las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998.

Martínez Emperador, R.: «Extinción por cumplimiento del término final», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, vol. 1.º, Madrid, 1983.

Martínez Girón, J.: «La dimisión del trabajador», *AL*, n.º 20/1990.

Miguel de Lorenzo, A. M.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid, 1993.

Molina González-Pumariega, R.: *Extinción de las relaciones laborales especiales*, Pamplona, 2007.

Nogueira Guastavino, M.: «Extinción del contrato por voluntad del trabajador (art. 50)». *REDT*, n.º 100/2000.

Ortiz Lallana, M. C. (coord.): *Despido y extinción del contrato de trabajo en la doctrina judicial*, Valladolid, 2010.

Palomeque López, M. C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983.

Pérez Amorós, F. (dir.): *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, 2006.

Pérez Espinosa, F.: *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1980.

Rodríguez-Piñero, M., y Fernández López, M. F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1998.

Rojas Rivero, G.: *La cláusula de conciencia y la extinción del contrato de trabajo*, Pampona, 2008.

Sala Franco, T.: *La extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación e incapacidad del empresario*, Valencia, 1994.

Santiago Redondo, K. M.: *La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación*, Valladolid, 2000.

Sempere Navarro, A. V., y San Martín Mazzucconi, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, 2001.
Valdés Dal-Ré, F.: «Continuidad y crisis en la doctrina judicial sobre el valor liberatorio del finiquito (I y II)», *RL*, n.os 21-22/1993.
Viqueira Pérez, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Madrid, 1994.

II. Despido disciplinario

AAVV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, 1992.
Aguilera Izquierdo, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona, 1997.
Baylos Grau, A.: «Sobre los despidos por huelga», en Baylos Grau, A., y Aparicio Tovar, J. (eds.): *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995.
Casas Baamonde, M. E.: «La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos», en Baylos Grau, A., y Aparicio Tovar, J. (eds.): *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995.
—: «La nulidad del despido y sus efectos», en AAVV: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995.
Ciscart Beà, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Barcelona, 1998.
Cruz Villalón, J., y Gorelli Hernández, J.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, 2004.
Gárate Castro, F. J.: *Los salarios de tramitación*, Madrid, 1994.
Gil y Gil, J. M., y Del Valle, J. M.: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, 2009.
Gómez Abelleira, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Madrid, 2009.
Goñi Sein, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, Pamplona, 1997.
Gorelli Hernández, J.: *Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, 2010.
Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: «El incumplimiento del trámite de audiencia del delegado sindical y la nulidad del despido», *RL*, n.º 3/1989.
Mella Méndez, L.: *La formalización del despido disciplinario*, Granada, 1999.
Ortiz Lallana, M. C.: «Causas, forma y efectos del despido disciplinario», *REDT*, n.º 100/2000.
Pedradas Moreno, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, 1992.
Riera Vayreda, C.: *El despido nulo*, Valencia, 1999.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «La transgresión de la buena fe contractual como causa del despido», en AAVV: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Madrid, 1990.
Rojo Torrecilla, E.: «El despido disciplinario. Concepto y causas», en AAVV: *La extinción del contrato de trabajo. El despido*, Madrid, 1992.
Sempere Navarro, A.V.: *El despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, 2004.

III. El despido objetivo

Briones González, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1995.
Corte Heredero, N.: «Forma y efectos del despido por cauas objetivas», en AAVV: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996.
Cruz Villalón, J.: *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, 1996.

Desdentado Bonete, A.: «El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control», en Baylos Grau, A., y Aparicio Tovar, J. (eds.): *El régimen del despido tras la reforma laboral,* Madrid, 1995.
Fita Ortega, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, 1997.
González Ortega, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona, 1983.
Martín Rivera, L.: *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Madrid, 2008.
Martín Valverde, A.: «Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado», en AAVV: *Las reformas laborales*, Valladolid, 1999.
Prados de Reyes, F.: *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, Valencia, 1997.
Ramírez Martínez, J. M.: «El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo II, Madrid, 1994.
Riera Vayreda, C.: *La forma en el despido objetivo*, Madrid, 1998.
Sagardoy Bengoechea, J. A.: «Ineptitud, falta de adaptación y absentismo», en AAVV: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996.

IV. Despido colectivo y despido por fuerza mayor

Alameda Castillo, M. T.: *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Madrid, 2001.
Aramendi Sánchez, P. (dir.): *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Madrid, 1996.
Blasco Pellicer, Á.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia, 1997.
Del Rey Guanter, S.: «Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52.*c*) del Estatuto de los Trabajadores]», *RL*, n.os 17-18/1994.
Del Valle Villar, J. M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción* , Madrid, 1996.
Desdentado Daroca, E.: «La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento», *RL*, 1996-I.
Fernández Domínguez, J. J.: *Los expediente de regulación de empleo*, Madrid, 1993.
— *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1993.
García-Perrote Escartín, I.: «Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo», en AAVV: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995.
Goerlich Peset, J. M.: «Los despidos colectivos», en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo II, Madrid, 1994.
Guerrero Vizuete, E.: «La eficiencia del mercado de trabajo a través de la flexibilización descausalizadora introducida en los procesos de extinción contractual», *RL*, n.º 6/2013.
MALDONADO MONTOYA, J.P. : «La nueva definición de las causas económicas de despido». *RMEYSS* nº extraordinario de 2014.
Martínez Abascal, V. A.: «El període de consultes en l'acomiadament col·lectiu». *Anuari Sòcio-Laboral de Catalunya* 1995. Publicacions Universitat de Barcelona, 1996.
Martínez Abascal, V. A.: «La extinción el contrato de trabajo tras la reforma laboral de 1994: práctica convencional y aplicación judicial (con especial atención a los despidos económico y disciplinario)», en Rojo Torrecilla, E. (coord.): *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998.

Martínez Abascal, V. A., y Durán Romasewskys, S.: «La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación», en Martínez Abascal, V. A. (coord.): *Problemas aplicativos del despido tras las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A.: «El despido por fuerza mayor», *RPS*, n.º 85/1970.

Prados de Reyes, F. J.: «Despido colectivo e insolvencia del empresario», *AL*, n.º 32/1997.

Serrano García, J. M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, 2002.

Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica», en Valdés Dal-Ré, F. (dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994.

PARTE TERCERA:
DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

CAPÍTULO 15:
DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Y LIBERTAD SINDICAL

I. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO: CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS REGULADORES

1. Concepto

El Derecho Colectivo del Trabajo es un subsistema de principios y normas, integrado en el Derecho del Trabajo, que regula la configuración y las distintas expresiones de la autonomía colectiva.

Este subsistema cuenta con un conjunto propio y homogéneo de principios y normas, esto es, con una serie de grupos normativos ordenados y regulados con arreglo a criterios que pretenden ser coherentes y coordinados entre sí, aunque estén integrados en el sistema del Derecho del Trabajo. Por ejemplo, los convenios colectivos pertenecen a este subsistema, pero, al tiempo, son fuentes del Derecho del Trabajo y, por tanto, aplicables en el conjunto del mismo (Capítulo 2, IV). No puede pasarse por alto, sin embargo, que también es objeto de regulación por este subsistema la titularidad y el ejercicio de derechos y facultades individuales de los trabajadores que, pese a ello, se encuadran en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, dada la dimensión colectiva o repercusión colectiva que dicho ejercicio tiene en este ámbito, ya sea porque el mismo ha de ser necesariamente colectivo (por ejemplo, derecho de huelga), ya sea por el efecto colectivo que puede tener el ejercicio de un derecho individual sin dimensión colectiva directa (por ejemplo, negativa del trabajador sindicado a realizar horas extraordinarias no pactadas ni en convenio colectivo ni en contrato de trabajo y que suscita una reclamación judicial en su nombre por parte del sindicato al que pertenece de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 LJS).

Estas conexiones no impiden que el Derecho Colectivo del Trabajo disponga de un espacio normativo en el que actúa de modo prioritario y que aparece delimitado subjetiva y objetivamente, por la autonomía colectiva. En la vertiente subjetiva, los sujetos principales de este subsistema presentan configuración colectiva: son los representantes de los trabajadores y de los empresarios, aunque sus medios de actuación sean distintos, en su mayor parte. En su faceta objetiva, dichos sujetos tienen reconocidos derechos y facultades de carácter colectivo, que permiten distinguirlos con claridad de aquellos que se ubican en la esfera de la autonomía individual (por ejemplo, derecho de negociación colectiva).

2. Fundamentos

El subsistema normativo objeto de estudio encuentra su fundamento en el principio constitucional de autonomía colectiva, que, como ya se vio, es un criterio regulador genérico que permite reconocer a determinados sujetos colectivos o de dimensión colectiva la capacidad de autorregular sus respectivos intereses como garantía de la libertad colectiva de que disponen [Capítulo 2, II, 1, C)].

En su consideración como principio regulador genérico del Derecho Colectivo del Trabajo, la emergencia de la autonomía colectiva se ha explicado desde distintos fundamentos.

A) Fundamento político

Apela a la prevalencia del principio democrático, en el sentido de que la voluntad colectiva del conjunto de los trabajadores posee una mayor legitimidad en orden a la defensa de sus intereses que la mera voluntad individual de cada uno de ellos. En su vertiente jurídica, este fundamento explica, por ejemplo, la búsqueda de la eficacia normativa del convenio colectivo en cuanto expresión cualificada de aquella voluntad colectiva.

B) Fundamento económico

Invoca la necesidad estructural de organizar los intereses de los trabajadores de forma colectiva, como consecuencia del proceso de concentración del capital que desfigura la libre competencia derivada de la libertad de empresa y otorga un enorme poder socioeconómico a ciertas entidades. De ahí que la asimetría de poder consecuente a dicho proceso haya de ser reequilibrada con un contrapoder, mediante una paralela aglutinación sindical, no sólo en el seno de cada organización de esta naturaleza, sino entre los propios sindicatos. En su plasmación jurídica, pueden citarse al respecto los procesos de confederación sindical o los mecanismos de selección de los sindicatos más representativos.

C) Fundamento jurídico

A su amparo, se arguye que, en último término, el fundamento de la autonomía colectiva reposa en su aceptación por el ordenamiento, reconociendo a los antagonistas sociales y atribuyéndoles los derechos y facultades que les permitan ponerla en práctica. Se trata de un argumento formal, en absoluto desdeñable pero que, a la postre, es consecuencia, no obligada, de los anteriores.

D) Fundamento histórico-social

Los anteriores fundamentos proporcionan explicaciones certeras, pero parciales, acerca de la emergencia y desarrollo de la autonomía colectiva en los Estados occidentales. De ahí que la raíz última de dicha autonomía haya que buscarla en su carácter histórico-social contemporáneo, toda vez que ni el arrendamiento de servicios primero ni el contrato de trabajo después fueron instrumentos jurídicos idóneos para frenar y revertir la inmisericorde y permanente explotación de la fuerza de trabajo. Junto a la acción normativa e institucional del Estado, la autonomía colectiva encauzada por el movimiento obrero y sindical, primero de facto y luego de iure, surgió como herramienta indispensable para compensar el desequilibrio de poderes que la autonomía individual era incapaz de restaurar. Con ello se instauró la noción central de interés colectivo, que no es la mera suma de intereses individuales, coincidentes o yuxtapuestos en momentos determinados, sino una síntesis permanente de los mismos, de forma que su satisfacción jurídica resulta indivisible y sólo puede realizarse por sujetos colectivos (por ejemplo, convocatoria de huelga por un sindicato o negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y empresarios).

3. Principios reguladores

Tales principios constituyen la proyección en este subsistema normativo del genérico principio constitucional de autonomía colectiva [Capítulo 2, II, 1, C)]. Pero aquí los principios reguladores derivan de un soporte normativo más amplio, dado el desarrollo que la norma laboral postcontitucional ha realizado de los derechos y deberes que articulan dicha autonomía a través de la libertad sindical, como se verá después (infra III, 2 y IV, 3).

A) Principio de autonomía organizativa

Criterio regulador que pretende dotar a los sujetos colectivos o de dimensión colectiva de poderes jurídicos para organizar y regular por sí mismos su ámbito de actuación, interno y externo [por ejemplo, redactando los estatutos de un sindicato: art. 2.2.a) LOIS].

B) Principio de autotutela colectiva

Criterio conductor del reconocimiento y garantía de medios lícitos de defensa y promoción de intereses colectivos (por ejemplo, derecho de huelga o derecho de cierre empresarial: arts. 1 y 12 DRLT).

C) Principio de autonomía normativa

Criterio que opera a favor del reconocimiento y garantía de la capacidad autonormadora de condiciones de trabajo y otras materias que atañen a las relaciones laborales a través de la negociación colectiva, en sus distintas manifestaciones (por ejemplo, convenio colectivo estatutario: art. 82.1 ET).

D) Principio de autonomía participativa

Actúa promoviendo mecanismos de participación en la empresa y de participación institucional fuera de ella, principalmente a través de fórmulas de representación de intereses colectivos (por ejemplo, el Comité de Empresa, art. 63.1 ET o el Consejo Económico y Social del Estado, art. 2.1, 2, y 3 Ley 21/1991).

II. LIBERTAD SINDICAL

1. Concepto

La libertad sindical es un derecho subjetivo fundamental de objeto y contenido complejos, porque tanto uno como otro corresponden a una pluralidad de derechos integrados en aquélla. De ello se deriva que el derecho de libertad sindical no tiene existencia propia al margen de ese conjunto de derechos que la integran, al modo en que la tienen los derechos principales respecto de los derechos secundarios. En cuanto derecho fundamental, la libertad sindical (art. 28.1 CE) configura uno de los pilares básicos del sistema constitucional de relaciones laborales [Capítulo II, 2, 1, C)], de forma que dicha libertad no es tan sólo un interés jurídicamente protegido para cuya satisfacción convergen poderes jurídicos diversos, sino un auténtico derecho subjetivo bien que, como se ha dicho, con objeto y contenido plurales. La doctrina constitucional ha aceptado esta configuración señalando que la formulación del derecho de libertad sindical en el artículo 28.1 CE posee un carácter tan sólo ejemplificativo, de suerte que la enumeración de los derechos que integran aquel derecho genérico o complejo no agota el contenido global del mismo (STC 23/1983).

Desde la óptica conceptual, la libertad sindical es presupuesto de la autonomía colectiva en cuanto implica que ciertos sujetos disponen de un libre ámbito de actuación en el que pueden obrar de distintos modos o abstenerse de hacerlo. La autonomía colectiva añade algo más a la libertad sindical: hace posible que dichos sujetos puedan dotarse por sí mismos, con distinto alcance, de las reglas que han de autorregular sus intereses a partir del momento en que la ley estatal les reconoce esa posibilidad [Capítulo 2, II, 1, D)]. Como luego ha de verse, la norma laboral no sigue la lógica descrita e identifica implícitamente libertad sindical con autonomía colectiva cuando delimita el conjunto de derechos y facultades que integran el contenido de la primera.

2. Evolución histórica

En su trayectoria histórica, la libertad sindical no ha tenido desde su inicio el carácter de derecho subjetivo que en el ordenamiento hoy se le reconoce. Durante mucho tiempo, esa libertad ha sido una mera aspiración de los trabajadores y de sus organizaciones a fin de ver reconocidos y tutelados por parte del Estado una serie de derechos como medio para poder organizarse y actuar en defensa y promoción de sus intereses sociales y económicos, considerándose por ello jurídicamente necesaria la intervención a su favor de los poderes públicos en la línea de posibilitar el libre y efectivo ejercicio de tales derechos.

El reconocimiento y la protección por el Estado de los referidos derechos, individuales y colectivos, tiene lugar a lo largo de un proceso histórico que en los ordenamientos occidentales ha atravesado por tres fases: prohibición, tolerancia y reconocimiento. Una característica destacada de la evolución de la libertad sindical en el ordenamiento laboral español, estriba en que esas fases se inscriben en un movimiento pendular comprensivo de dos ciclos: un primer ciclo de antecedentes remotos y un segundo ciclo de antecedentes próximos.

A) Ciclo de antecedentes remotos (1813-1939)

Incluye las siguientes fases:

a) Prohibición de la libertad sindical (1813-1868). La eclosión del liberalismo estuvo acompañada de la proclamación jurídica de la libertad de industria y comercio y de la consiguiente derogación de las Ordenanzas gremiales (Decreto de 8 de junio de 1813). Ello supuso la prohibición, entre otras, de las asociaciones profesionales de trabajadores por contrariar aquella libertad. De ahí que el incipiente sindicalismo hubiera de aglutinarse en torno a las denominadas sociedades de resistencia, que, formalmente, se encubrieron, en general, con el ropaje jurídico de las mutualidades de trabajadores. Salvo el breve paréntesis del bienio progresista (1854-1856), los sindicatos o asociaciones obreras serán objeto de represión penal al considerarse que su actuación violaba el derecho de propiedad y suponía la práctica ilícita de «maquinaciones para alterar el precio de las cosas» (arts. 450 del CP de 1848 y 556 del CP de 1870).

b) Tolerancia (1869-1886). Esta fase se inaugura con la Constitución de 1869, que consagra el derecho de asociación (art. 19) y a cuyo amparo las asociaciones de trabajadores atraviesan por un régimen de arbitrariedad, de forma que su reconocimiento dependerá de la diversa interpretación que la autoridad gubernativa efectúe de las normas penales que posibilitaban su disolución. Es emblemático, a este respecto el Decreto de 10 de enero de 1874, dictado para excluir de la legalidad a la sección española de la AIT.

c) Reconocimiento (1887-1939). La fase de reconocimiento se abre con la Ley General de Asociaciones (30-6-1987) que, si bien no menciona expresamente a las del mundo del trabajo (art. 1), tampoco las exceptúa de su ámbito de aplicación (art. 2). Al amparo de dicha norma, se constituirán distintas organizaciones sindicales (por ejemplo, la UGT en 1888 o la CNT en 1910), aunque durante la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931) no existió siempre un tratamiento homogéneo para todas ellas, ya que, en tanto que el sindicalismo anarquista fue especialmente perseguido (no siempre sin razones objetivas habida cuenta de la acción violenta practicada en ocasiones), el sindicalismo de signo socialista era admitido

en el diseño de la Organización Corporativa Nacional (creada por RDL de 26 de noviembre de 1926) a través de los Comités Paritarios.

El reconocimiento sin ambages de la libertad sindical habrá de aguardar a que la Constitución Republicana de 9 de diciembre de 1931 acepte el derecho de asociarse o sindicarse libremente «para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado» (art. 39), luego desarrollado por la Ley de Asociaciones Profesionales Patronales y Obreras de 8 de abril de 1932.

B) Ciclo de antecedentes próximos (1939-1978)

Se desarrolla en una secuencia en que las mencionadas fases vuelven a encadenarse.

a) Prohibición (1936-1975). En la denominada zona nacional, la prohibición de la libertad sindical se produce una vez iniciada la guerra civil, declarando la dictadura franquista fuera de la ley, entre otras, a las organizaciones sindicales legalmente constituidas e incautando todos sus bienes y derechos (Decretos de 13 y 25 de septiembre de 1936). Concluida la contienda civil, el régimen faccioso construirá un modelo de relaciones colectivas de trabajo basado en una concepción autoritaria, férreamente jerárquica y armonicista de las mismas, a cuyo servicio se situará la proscripción de la libertad sindical, la paralela creación de los sindicatos verticales con afiliación automática y obligatoria, la consideración delictiva del conflicto laboral (sólo ligeramente matizada a partir de 1970), la adulteración de los mecanismos de representación de los trabajadores en la empresa y el monopolio en la fijación de las condiciones de trabajo (Ley de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo de 16-10-1942), compartido posteriormente por una negociación colectiva nominal dada su impronta antidemocrática e intervenida administrativamente (Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24-4-1958).

b) Tolerancia (1975-1977). La fase denominada de la transición política marcará un punto de inflexión en las relaciones colectivas de trabajo, que, a su vez, será determinante para la reconstrucción del Derecho del Trabajo. Precedida de una progresiva actividad política y sindical en gran parte tolerada por los poderes públicos (movilizaciones, congresos sindicales, huelgas), la norma definitoria de esta fase es la Ley para Reforma Política de 4 de enero de 1977, que establece las bases del nuevo régimen político y reconoce la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos, la libertad sindical, de acuerdo con lo dispuesto en las normas internacionales sobre esta materia.

c) Reconocimiento (1977-1978). Desde la perspectiva del Derecho Colectivo del Trabajo, la actuación normativa del legislador en esta fase alumbrará textos de singular relevancia para la transición al vigente régimen constitucional: el RDL 31/1977, que suprime la estructura orgánica y funcional del sindicalismo franquista; el DLRT, parcialmente en vigor, que se ocupa de regular el derecho de huelga y el cierre empresarial, así como el derecho a la negociación colectiva (regulación esta última ya derogada); la LAS, que permitió la legalización de las organizaciones sindicales cuya actuación venía siendo tolerada y la ratificación por el Estado español de importantes convenios internacionales (Convenios OIT 87/1948 y 98/1949, el PIDCP y el PIDESC) con incidencia en la libertad sindical y derechos a ella vinculados (Capítulo 1, III).

3. Contenido

A) Contenido esencial y contenido adicional

Como todo derecho o libertad ubicados en el Capítulo II Título I de la CE, el de libertad sindical posee un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador que lo desarrolle (art. 53.1 CE). En el caso de la libertad sindical, el respeto a ese decisivo límite presenta una especial dificultad derivada de la textura legal de dicha libertad que, según se ha dicho, aparece como un derecho de contenido complejo.

El perfil general trazado por el TC sobre el contenido esencial de los derechos y libertades que disponen de aquel emplazamiento en la CE, acudiendo al carácter dinámicamente reconocible de los mismos y a su protección real y efectiva (STC 11/1981), es una aproximación necesaria y útil pero de amplios contornos, lo que la hace inidónea para solventar en todo caso la espinosa tarea de delimitar con cierta precisión aquel contenido esencial. Es por ello que la propia doctrina constitucional ha acudido, cuando la resolución del recurso planteado lo requería, a una determinación *ad casum* del contenido de aquellos derechos y libertades, formulando la distinción entre el contenido esencial y el adicional de los mismos.

Por lo que hace al derecho de libertad sindical, la referida doctrina inició tempranamente el amojonamiento de su contenido esencial, afirmando que éste se integra por un núcleo mínimo o núcleo irreductible de derechos en el que figuran la negociación colectiva, la huelga y la incoación de conflictos colectivos (SSTC 37/1983 y 39/1986), al que después ha añadido «el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines propios del Sindicato» (SSTC 91/1983 y 169/1996) y el derecho a transmitir información sindical a los trabajadores, afiliados o no, ya que el mismo «es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales» (STC 281/2005).

Por su parte, el contenido adicional de aquel derecho queda delimitado por exclusión respecto de los derechos y facultades que no forman parte del contenido esencial, si bien la propia doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente en relación con algunos de ellos: por ejemplo, el crédito horario de los representantes de los trabajadores (SSTC 40/1985 y 336/2005) o la acción en la empresa de las Secciones Sindicales (STC 229/2002). No existe, sin embargo, una delimitación completa de este contenido por parte de los órganos judiciales, dado el carácter de su función, necesariamente limitada al enjuiciamiento del objeto litigioso. Por ello, y a la luz de los pronunciamientos habidos al respecto, no es posible afirmar que determinados derechos o facultades que integran el derecho de libertad sindical deban incluirse necesariamente en el contenido adicional de la misma, como puede ser, a modo de ejemplo, la actividad sindical en la empresa regulada en los artículos 8 a 10 LOLS, aunque la propia doctrina constitucional, de modo contradictorio con aquellos pronunciamientos, lo haya sostenido en ocasiones (STC 101/1991). Y ello, porque, según acaba de señalarse, la misma doctrina constitucional ha incluido dentro del contenido esencial de la libertad sindical otros derechos que amplían el núcleo irreductible de la misma, según se ha indicado con anterioridad.

En todo caso, y aunque el método casuístico seguido impide todavía delimitar acabadamente los territorios de cada uno de los referidos contenidos, la diferencia básica entre uno y otro radica en que el contenido esencial es indisponible por el legislador, en tanto que el contenido adicional integra derechos de «configuración legal» que, por consiguiente, la ley o la negociación colectiva pueden ampliar creando medios promocionales de la actividad sindical (STC 173/1992), pero también limitar, modificar o suprimir (SSTC 64/1999 y 201/1999). Con todo y a efectos de su tutela judicial, es relevante señalar que ambos tipos de contenido disponen de la protección reforzada que les brinda la CE (STC 201/1999 y STS 26-9-2006).

B) Contenido individual y contenido colectivo

En desarrollo del artículo 28.1 CE, la LOLS contempla en su artículo 2 un contenido de la libertad sindical que se desglosa en un doble nivel, individual y colectivo, y que incluye distintos derechos que integran el complejo de libertad sindical. La clasificación que realiza dicho precepto está por tanto focalizada en la titularidad de tales derechos, sin perjuicio de que en la misma existan derechos que se inscriben en el contenido esencial o en el adicional de aquella libertad. En los siguientes epígrafes (III y IV) se seguirá esa distinción de niveles, comenzando por los sujetos titulares de los derechos que a cada uno de ellos se atribuyen, para continuar después con el estudio de su contenido, igualmente diferenciado en función de aquellos sujetos.

III. LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

1. Sujetos

La rotunda afirmación que contiene el artículo 28.1 CE en el sentido de que «Todos tienen derecho a sindicarse libremente», ha sido atemperada por el legislador al ceñir ese ámbito subjetivo a «Todos los trabajadores» (art. 1.1 LOLS). Esta precisión a la libertad sindical individual se acompaña de una expansión de dicho ámbito, a los efectos de la LOLS, de modo que para esta norma se consideran trabajadores no sólo los que tengan la condición de sujetos de una relación laboral asalariada, sino aquellos cuya relación de trabajo tenga carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.2 LOLS). En coherencia con lo anterior, los empleados públicos (funcionarios, personal laboral y personal eventual) tienen reconocido el derecho a la libertad sindical individual en su específica normativa [art. 15.a) EBEP].

No obstante, la anterior delimitación es únicamente inicial porque la propia norma realiza acto seguido ciertas restricciones de dicho ámbito, que afectan a determinados colectivos de trabajadores con distinta intensidad. Dichas restricciones repercuten también en la libertad sindical colectiva dada la estrecha relación que existe entre ambos planos de la libertad sindical, aunque esa incidencia no es igual para todos los colectivos.

A) Funcionarios

Dentro de este colectivo, la normativa aplicable permite distinguir diversas situaciones restrictivas de la libertad sindical.

a) Peculiaridades

Por mandato constitucional, el ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios está sometido a las peculiaridades que debe regular la ley (arts. 28.1 y 103.3 CE). De la regulación vigente y de la doctrina constitucional se desprende que dichas peculiaridades:

1.º No pueden considerarse ni limitaciones, ni exceptuaciones, ni exclusiones del referido derecho, habida cuenta de que la norma constitucional utiliza expresamente otro vocablo, peculiaridades, para la específica regulación de la libertad sindical de los funcionarios, y que, cuando emplea alguno de aquellos otros lo hace para referirse de forma específica a ciertos grupos o cuerpos de funcionarios.

2.º No pueden afectar al derecho a fundar sindicatos como presupuesto del ejercicio del derecho de sindicación, ni al derecho de afiliación a los mismos (STC 98/1985).

3.º Han de considerarse como modulaciones o adaptaciones del citado derecho a las singularidades de estructura organizativa y fines de servicio a los intereses generales propios de la Administración Pública. La doctrina constitucional ha ejemplificado algunas de estas adaptaciones, considerando como tales la existencia de específicos procedimientos de consulta y negociación colectiva de condiciones de trabajo para este colectivo, así como de órganos de representación exclusivos del mismo (STC 98/1985).

b) Limitaciones

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de carácter público. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que no tengan carácter militar se rigen por su normativa específica, habida cuenta de su carácter armado y organización jerarquizada (art. 1.5 LOLS), régimen que se diversifica de acuerdo con la organización territorial del Estado.

La norma básica reguladora del estatuto jurídico de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía les sujeta a específicas limitaciones en el ejercicio de la libertad sindical, entre las que desta-

can, la calificación como profesionales de los intereses que pueden defender sus organizaciones sindicales (en lugar de la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los sindicatos: art. 7 CE), la prohibición de afiliarse a sindicatos que no estén formados exclusivamente por miembros de dicho Cuerpo o la prohibición de los sindicatos constituidos por éstos de federarse o confederarse con otros que, a su vez, no estén integrados únicamente por miembros del referido Cuerpo (art. 18 LOFCSE). Los Cuerpos de Policía de las CCAA y de las Policías Locales cuentan, cada uno de ellos, con regulaciones específicas en la materia derivadas de las competencias normativas en dichos ámbitos, junto a determinados preceptos de la LOFCSE que les son aplicables (arts. 40 y 52.2 LOFCSE). En algunos casos, las normas autonómicas no siguen la regulación general y reconocen el derecho de los funcionarios de policía de su territorio a afiliarse a cualquier sindicato (por ejemplo, Ley 26/2002 de Cataluña o la Ley 6/2007 de Galicia). Esta particularidad no contradice el principio de legalidad, ya que los preceptos de la LOFCSE que contienen limitaciones al referido derecho sólo son aplicables a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Título II LOFCSE). Pero es dudoso que tal singularidad respete el principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE) en relación con el de igualdad territorial de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y obligaciones constitucionales (art. 149.1.1.ª CE)

En todo caso, debe tenerse en cuenta que las específicas limitaciones contempladas en la LOFCSE carecen de apoyo constitucional en el artículo 28.1 CE, a diferencia de lo que sucede con las limitaciones generales que afectan a este colectivo en el ejercicio de sus funciones profesionales al amparo de lo dispuesto al efecto en el artículo 104.1 CE. Ello es así porque el artículo 28.1 CE preceptúa que «la ley podrá limitar o exceptuar» el ejercicio del derecho a sindicarse libremente «a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», supuesto en el que no se encuentran los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dado que la sujeción de los mismos a esa disciplina militar no resulta compatible con el carácter de Institutos Armados de naturaleza civil con que la norma orgánica aplicable les califica [arts. 9.a), 41.2 y 52.1 LOFCSE].

c) Exceptuaciones

a') Fuerzas Armadas e Institutos armados de naturaleza militar

Como acaba de señalarse, el artículo 28.1 CE abre una triple posibilidad a la ley respecto del derecho de libre sindicación de quienes pertenezcan a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar: puede limitarlo, exceptuarlo o abstenerse de realizar ambas actuaciones normativas («podrá», en la dicción del precepto). La ley se ha decantado por la opción más restrictiva, esto es, la exceptuación de aquel ejercicio para los miembros de dichos colectivos (art. 1.3 LOLS), aunque no de la titularidad, que siguen ostentando de acuerdo con aquel precepto constitucional. Consecuente con esa opción, se prohíbe a los miembros de las Fuerzas Armadas participar en sindicatos e incluso en asociaciones con finalidad reivindicativa, estar afiliado a sindicatos, colaborar con ellos, asistir a sus reuniones o expresar públicamente sus opiniones sobre los mismos (art. 181 Ley 85/1978). Del mismo modo, la prohibición de ejercer el derecho de sindicación, de llevar a cabo actividades sindicales y de formar parte de sindicatos se establece asimismo para los miembros de la Guardia Civil (arts. 15 LOFCSE y 9.5 y 11 LODDGC), dado su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar [art. 9.b) LOFCSE]. El fundamento normativo de esta prohibición descansa en el principio de neutralidad que deben mantener quienes pertenezcan a estas Fuerzas e Institutos Armados de naturaleza militar (arts. 182 Ley 85/1978 y 18 LODDGC).

El anterior régimen prohibitivo cuenta con una significativa modulación para los miembros de la Guardia Civil, a quienes se les reconoce el derecho a asociarse libremente y a constituir asociaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 y 104.2 CE, «para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales» (art. 9.1 LODDGC); derecho de asociación que no puede ser equiparado al derecho de libre sindicación, dada la distinta finalidad que persigue y los medios de

que dispone el sindicato (STC 219/2001). El ejercicio de estos derechos asociativos se rige con carácter prevalente por la normativa específica del Instituto, aplicándose supletoriamente las normas generales del derecho de asociación (art. 9.2 LODDGC).

b') Personal civil no funcionario en establecimientos militares

Los trabajadores asalariados al servicio de la Administración Militar tienen reconocido el derecho de sindicación con el alcance y contenido que señale su normativa de aplicación atendiendo al «superior interés de la Defensa Nacional» (Disp. Adic. 1.ª RD 2.205/1980). La consideración de ese interés determina que el derecho a la actividad sindical reconocido a los trabajadores [art. 2.1.d) LOLS] no pueda ejercerse en el interior de los establecimientos militares, debiendo delimitar la norma reglamentaria lo que deba de entenderse por tales establecimientos (Disp. Adic. 3.ª LOLS). Delimitación no realizada hasta la fecha y suplida parcialmente por el criterio judicial de que dicha prohibición tiene «un alcance meramente locativo... que no impide el ejercicio del derecho a la actividad sindical que los trabajadores o sus sindicatos decidan realizar, en lugares distintos al interior de los establecimientos militares» (STC 101/1991), lo que permite concluir que la prohibición no puede extenderse a otras dependencias de la Administración Militar. Tal es caso, por vía ejemplar, de un hospital militar o del Ministerio de Defensa, instalaciones en las que puede realizarse aquella actividad sindical dado que, si bien lato sensu pueden calificarse como establecimientos militares, no están sometidas a fuero militar, al destinarse a un uso civil, y en ellas no actúa la preservación de la neutralidad de las Fuerzas Armadas en cuanto finalidad que funda aquella prohibición (STC 101/1991).

c') Cargos de libre designación y determinado nivel

El desempeño por trabajadores o funcionarios de cargos de libre designación de categoría de Director General o asimilados o de rango superior en las Administraciones Públicas, no puede simultanearse con cargos directivos o de representación en el sindicato al que estén afiliados (art. 3.2 LOLS). La exceptuación de estas funciones sindicales obedece a razones de eficacia y eticidad, que deben observarse por los empleados públicos (art. 53 EBEP). En todo caso, el derecho de libre afiliación sindical de estos trabajadores o funcionarios se mantiene incólume durante el período en el que ejerzan los mencionados cargos en la función pública. De aquí que este supuesto deba calificarse como una exceptuación al ejercicio de la libertad sindical individual.

d) Exclusiones

a') Jueces, Magistrados y Fiscales. En el ámbito subjetivo de los funcionarios, la restricciones de la libertad sindical individual afectan a ciertos colectivos de la esfera judicial por la vía de las exclusiones, lo que supone la opción más severa de las posibles, puesto que los afectados quedan al margen tanto de la titularidad como del ejercicio de los derechos que aquella libertad comprende. En esta situación se encuentran los Jueces, Magistrados y Fiscales, sobre los que pesa la prohibición constitucional de pertenecer a sindicatos, mientras se hallen en activo (art. 127.1 CE), que reitera la legislación ordinaria tanto para los Jueces y Magistrados (arts. 401.2.ª y 417.2 LOPJ), como para los Fiscales (arts. 59 y 62.3 Ley 50/1981). La finalidad de la prohibición se dirige a proteger la independencia e imparcialidad de estos funcionarios. Objetivo que puede lograrse sin dificultad por otras vías utilizando, cuando fuere necesario, el amplio repertorio de mecanismos legales que garantizan la salvaguarda de esos bienes jurídicos, como son, entre otros, las reglas reguladoras de las incompatibilidades, las prohibiciones de actuación profesional y la exigencia de responsabilidades penal, civil y disciplinaria en el ejercicio desviado de sus funciones (arts. 12 a 15 y 378 a 427 LOPJ para los Jue-ces y Magistrados, así como arts. 7, 57, 58 y 69 a 70 Ley 50/1981 para los Fiscales). De aquí que las citadas prohibiciones no cumplan con algunas de las exigencias que la

doctrina constitucional ha establecido para justificar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, concretamente con la necesidad y con la proporcionalidad (por todas, STC 66/1995). No obstante, la mencionada prohibición no comporta necesariamente la interdicción del derecho de huelga, como se verá en su momento [Capítulo 18, III, 1, B)]. Adviértase, asimismo, que la mencionada prohibición no reza para los Magistrados del Tribunal Constitucional, dado que, en cuanto aquí importa, la CE y la ley únicamente establecen la incompatibilidad de dicha condición «con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos» (art. 159.4 CE; en igual sentido el art. 19.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Por otra parte, el resto del personal funcionario de la Administración de justicia tiene reconocido el derecho de libre sindicación [arts. 444 y 496.b) y c) y art. 61.3 RD 249/1996 respecto de oficiales, auxiliares y agentes, y art. 34.1 RD 296/1996 en relación con los médicos forenses].

b') Personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia. Sometido a la exclusión del derecho de libertad sindical se encuentra también el personal estatutario del CNI. Tal supresión se funda en el principio de neutralidad (art. 73 RD 240/2013, de 5 de abril, regulador del Estatuto de dicho personal), considerándose por ello falta disciplinaria muy grave la violación de la neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional y, en particular, la promoción o pertenencia a partidos políticos o a sindicatos, así como el desarrollo de actividades sindicales (art. 94.2 RD 240/2013).

La regulación estatutaria de este personal revela, además, que la opción adoptada por la norma en esta materia tiene aún mayor alcance, rechazándose asimismo que aquél pueda constituir cualquier tipo de asociaciones distintas de los partidos políticos y los sindicatos o participar en las mismas. De un lado, porque existe un cauce institucional, el Consejo Asesor de Personal, que representa a todos «los colectivos, grupos y sexos» de dicho personal (art. 55.2 RD 240/2013) y cuya función estriba en analizar y valorar las propuestas y sugerencias planteadas por el mismo y «referidas exclusivamente al régimen de personal del CNI» (art. 55.1 RD 240/2013). De otro, y de forma complementaria, teniendo en cuenta la calificación como falta disciplinaria grave de «cualquier reclamación, petición o manifestación» que se formule «con carácter colectivo» (art. 95.15 RD 240/2013).

Con todo, debe cuestionarse la eficacia jurídica de la exclusión a causa de su insuficiencia técnica. El emplazamiento constitucional de la libertad sindical como derecho fundamental (art. 28.1 CE) exige norma con rango de ley orgánica para la regulación de este derecho (art. 81 CE), sin que, en consecuencia, ni la norma reglamentaria (el RD 240/2013), ni la norma legal ordinaria que la habilita (la Ley11/2002, de 6 de mayo, del CNI) puedan satisfacer esa exigencia de rango. Hasta tanto tal exigencia no se colme, la exclusión no puede operar al carecer de un requisito esencial de validez, cual es la observancia del procedimiento utilizado en la producción de la norma que la acoge.

B) Trabajadores autónomos e inactivos

Una exclusión también parcial afecta a los trabajadores autónomos y a los inactivos como consecuencia de su incapacidad o de su jubilación. Aunque conservan el derecho de libre afiliación sindical, no pueden «fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares», lo que no impide, por otra parte, que puedan constituir asociaciones de acuerdo con la legislación específica (art. 3.1 LOLS). Nótese que el ámbito de la prohibición se ciñe a la fundación de sindicatos que estén únicamente formados por trabajadores autónomos, incapacitados o jubilados, por lo que éstos pueden ejercer este derecho de fundación sindical con otros trabajadores en activo. Para el TC la exclusión está justificada, dado que un sindicato de trabajadores autónomos no podría ejercer derechos tales como el de huelga, negociación colectiva y conflicto, que están vinculados a la existencia de una relación de trabajo asalariada (STC 98/1985). El argumento no es concluyente. Primero, porque algunos de esos derechos no exigen de modo necesario que el trabajador tenga la condición de sujeto de un contrato de trabajo (por ejemplo, el derecho de huelga de un trabajador jubilado). Segundo, porque no todos esos derechos requieren consti-

tucionalmente la condición de trabajador en activo (por ejemplo, el derecho de huelga de los trabajadores desempleados: art. 28.2 CE). Tercero, dado que la normativa internacional aplicable sólo prevé posibles restricciones al derecho de fundación de sindicatos para las fuerzas armadas y la policía (art. 9.1 Convenio OIT 87/1948), en tanto que los restantes trabajadores, «sin ninguna distinción» pueden ejercerlo libremente (art. 2 Convenio OIT 87/1948).

C) Trabajadores extranjeros

En la actualidad, los trabajadores extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles (art. 11 LOEX modificado por la LO 2/2009). Se supera así la anterior limitación contenida en ese precepto, que sujetaba el ejercicio de ese derecho a la autorización de estancia o residencia en España por parte de aquéllos, limitación que la doctrina constitucional estimó no conforme a la normativa internacional aplicable (arts. 23 DUDH, 22 PIDCP, 8 PIDSEC, 11.1 CEDH, 2 del Convenio OIT 87/1948 y 1 Convenio OIT 98/1949), que extienden su ámbito subjetivo a «toda persona» y a los «trabajadores… sin ninguna distinción», por lo que tal ejercicio no requiere tener la condición de trabajador en sentido legal (STC 236//2007).

2. Contenido

La ley regula el contenido de la libertad sindical individual estableciendo los derechos que, en este plano, corresponden a los trabajadores (art. 2.1 LOLS). Recuérdese que el contenido adicional de ese catálogo de derechos puede ampliarse en ese nivel individual por la ley o la negociación colectiva creando medios promocionales de la actividad sindical (STC 173/1992).

A) Derecho de fundación de sindicatos

Derecho primario de los trabajadores es el de «fundar sindicatos sin autorización previa», derecho que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (STC 121/1997).

a) Depósito de documentación

Requisito básico del derecho de fundación sindical es que los promotores o dirigentes del sindicato constituido depositen en la correspondiente oficina pública (en función del ámbito territorial de la organización) el acta de constitución y los estatutos del mismo (art. 4.1 y 4 LOLS). Este depósito cumple una doble finalidad. De un lado, «permitir la identificación jurídica del grupo como sujeto unitario de derechos y su incorporación a un estatus especialmente favorable para el ejercicio de su acción» (STC 121/1997) y, de otro, dar publicidad de su existencia jurídica a todos los efectos derivados de su consideración como sujeto de derechos con plena capacidad de obrar.

Los estatutos depositados deben de incorporar determinados datos (art. 4.2 LOLS), con los que se pretende la individualización precisa del sindicato, la garantía de su organización y funcionamiento democráticos, constitucionalmente exigidas (art. 7 CE) y la salvaguarda de los derechos e intereses de los afiliados y de terceros.

- Denominación, que no puede coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada.
- Domicilio, ámbito territorial y funcional del sindicato.
- Órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como régimen de provisión electiva de sus cargos, que deben ajustarse a principios democráticos.
- Requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados.

- Régimen de modificación de estatutos, así como de fusión y disolución del sindicato.
- Régimen económico, estableciendo el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

b) Adquisición de personalidad jurídica

La oficina pública debe realizar un control estrictamente formal de legalidad de los estatutos depositados, sin entrar en valoraciones de fondo, que corresponden a los órganos judiciales (STC 85/1986) y sin que, por tanto, dicho control suponga en ningún caso «complemento estatal autorizante de la voluntad fundacional» de los miembros del sindicato (STC 121/1997), sino mero reconocimiento declarativo del cumplimiento de requisitos formales. La oficina dispone de un plazo de diez días a partir de la fecha de presentación de la documentación necesaria (estatutos y acta de constitución), bien para dar publicidad al depósito en el tablón de anuncios de la misma y en el boletín oficial que corresponda, bien para requerir a los promotores a fin de que, en el plazo de otros diez días, subsanen los defectos que, en su caso, se hayan observado (art. 4.3 y 4 LOLS).

Si el control se supera porque no se hayan detectado defectos o se hayan subsanado los observados, la oficina debe dar publicidad en la forma indicada a los estatutos y el sindicato adquiere personalidad jurídica y plena capacidad de obrar a los veinte días hábiles a contar desde la fecha de su depósito (art. 4.7 LOLS) o desde la fecha en que se presenten las subsanaciones, lo que significa que, en este caso, dicha adquisición se produce aunque se demore aquella publicidad. Desde ese momento, cualquier persona está facultada para examinarlos, debiendo facilitar la oficina a quien lo solicite copia autentificada de los mismos (art. 4.5 LOLS). Una vez depositados y publicados los estatutos, tanto la autoridad pública como las personas que acrediten un interés directo, personal y legítimo pueden promover ante el juez de lo social la declaración de no ser conformes a Derecho [arts. 4.6 LOLS y 2.j) y 173 LJS].

En el caso de que dicha oficina rechace el depósito mediante resolución que sólo puede fundarse «en la carencia de alguno de los requisitos mínimos» exigidos (art. 4.3) porque no se hayan subsanados los defectos observados, el sindicato no adquiere personalidad jurídica, aunque los sujetos legitimados pueden impugnar la resolución administrativa ante el juez de lo social [arts. 2.j) y 167 LJS], cuya sentencia, de ser estimatoria, ordenará de inmediato el depósito de los estatutos en la correspondiente oficina pública (art. 171 LJS).

La modificación de los estatutos de los sindicatos ya constituidos se somete al mismo procedimiento establecido para su depósito y publicidad (art. 4.8 LOLS).

B) Derecho de suspensión y extinción de sindicatos

Pertenece también a los trabajadores individualmente considerados el derecho a suspender o a extinguir los sindicatos por procedimientos democráticos» [art. 2.1.a) LOLS]. Garantiza este derecho la autonomía individual e institucional de aquéllos en el ejercicio de su derecho de actividad sindical externa a la empresa conforme a pautas democráticas y sin injerencia alguna por parte de la Administración Pública en dicha actividad. Por ello, se trata aquí de una manifestación del derecho a la actividad sindical de los trabajadores [art. 2.1.d) LOLS e infra 2.3].

C) Derechos de afiliación y desafiliación

La vinculación jurídica del trabajador a un sindicato presenta una doble vertiente. La primera se concreta en la libertad sindical positiva, merced a la cual se reconoce al trabajador el derecho «a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo» [art. 2.1.b) LOLS]. Los estatutos, que han debido pasar el filtro formal del control administrativo, pueden establecer obligacio-

nes del afiliado en relación, entre otras, con el acatamiento de los acuerdos adoptados por los órganos del mismo en el ejercicio de sus funciones, la aceptación de los fines, estrategia y tácticas sindicales (lo que, por ejemplo, no permite la doble afiliación sindical: el derecho del trabajador se ciñe a afiliarse «al sindicato de su elección») u obligaciones de contribución económica para el sostenimiento de la organización.

La segunda vertiente incluye el derecho a separarse del sindicato al que el trabajador esté afiliado [art. 2.1.b) LOLS], lo que se conoce como libertad sindical negativa. De este modo, los requisitos para la pérdida de la condición de afiliado que los estatutos del sindicato deben contemplar no pueden incluir ninguno que impida esa libre separación del mismo. De forma indirecta, la normativa internacional refuerza este derecho calificando como acto discriminatorio el que tenga por objeto sujetar el empleo del trabajador al hecho de dejar de ser miembro de un sindicato [art. 1.2.b) Convenio OIT 98/1949 e infra V, 1].

Cree necesario la norma hacer una precisión que es consecuencia ineludible del derecho anterior, señalando, a este respecto, que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato [arts. 28.1 CE y 2.1.b) LOLS]. La prohibición revela en verdad un carácter pedagógico, pues es evidente que la doble faceta del derecho de libre sindicación que se acaba de indicar implica la libertad del trabajador de apartarse de la organización. Su razón de ser debe de buscarse en el rechazo contundente a la sindicación obligatoria que el régimen franquista implantó.

D) Derecho a la actividad sindical

Ingrediente indispensable de libertad sindical, el reconocimiento del derecho a la actividad sindical de los trabajadores [art. 2.1.d) LOLS] identifica un tipo de derecho que, a su vez, engloba distintos derechos y facultades. Esa amplitud de contenido explica que su ejercicio pueda desarrollarse tanto en el ámbito de la empresa como fuera de ella. En consecuencia y aunque dicho precepto no realiza ninguna especificación a este propósito, debe entenderse que el referido derecho comprende:

a) El libre ejercicio de la actividad sindical en la empresa, que encuentra su desarrollo específico en los artículos 8 a 10 de la LOLS (Capítulo 16, II, 2).

Consecuencia necesaria de ese libre ejercicio es el derecho del trabajador a no sufrir discriminación o cualquier otro tipo de perjuicio por el lícito ejercicio de la actividad sindical (arts. 17.1 ET y 12 LOLS). Por ello, y como garantía de indemnidad retributiva, la doctrina constitucional ha establecido «el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa» (SSTC 151/2006 y 100/2014).

b) El libre ejercicio de la actividad sindical fuera de la empresa, cuya titularidad corresponde tanto a los trabajadores afiliados como a los no afiliados en cuanto éstos participen en la acción externa del sindicato (por ejemplo, manifestación convocada por un sindicato a la que acuden trabajadores no afiliados). La exigencia constitucional de que la estructura interna y el funcionamiento del sindicato sean democráticos (art. 7 CE), se refleja en la atribución a los afiliados de un conjunto de derechos y facultades con la finalidad de que participen en las decisiones y en el funcionamiento interno del mismo (STC 56/1995). Entre estos derechos, algunos de los cuales suelen garantizar expresamente los estatutos o los acuerdos del sindicato, se encuentran:

- El «derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato» [art. 2.1.c) LOLS], ya sea de forma directa o mediante delegación, conforme a principios democráticos [art. 4.2.c) LOLS].
- El derecho a ser elegido para el desempeño de cargos sindicales.
- El derecho a ser convocado y a asistir a las reuniones de la organización.
- El derecho a participar en la toma de decisiones por los órganos del sindicato, asimismo de forma directa o por delegación.

- El derecho a difundir pacíficamente la realización de actividades sindicales por medios lícitos, y el derecho a no difundir las opiniones de los empleadores contrarias a las mismas (STC 134/1994).
- El derecho de los afiliados y de los que ejerzan funciones sindicales a la libre expresión y difusión de sus opiniones y el derecho de información sindical (STC 127/1995).
- El derecho a ser respetado en sus opiniones políticas o en sus convicciones ideológicas o religiosas (STC 168/1996).
- El derecho a ser informado sobre todos los aspectos de la organización y funcionamiento del sindicato que le permitan ejercer sus derechos de actividad sindical.
- El derecho a no sufrir discriminación o cualquier otro tipo de perjuicio por el lícito ejercicio de la actividad sindical en las relaciones internas entre el trabajador afiliado y su sindicato (arts. 7 y 28.1 CE). Una manifestación de este derecho es el reconocimiento al trabajador afiliado al sindicato de la garantía de indemnidad, que veda la adopción de medidas de represalia por parte de su organización sindical como consecuencia de actuaciones de aquél encaminadas a obtener la tutela de sus derechos de libertad sindical (STSJ/Castilla y León, Burgos, de 14-6-2007).

IV. LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA: EL SINDICATO

1. Concepto

El conjunto de derechos y facultades que integran el contenido de la libertad sindical colectiva está atribuido, aunque no de forma exclusiva para todos ellos, al sindicato. En cuanto sujeto titular de dicha libertad, el sindicato es una asociación permanente y autónoma de trabajadores, constituida para la defensa y promoción de sus intereses. De esta noción derivan los elementos distintivos del sindicato: organizativo, subjetivo y finalista.

A) Elemento organizativo

En la evolución histórica de la libertad sindical, la canalización de los intereses de los trabajadores se ha materializado a través de diversas formas organizativas que, en términos generales, se corresponden con las fases de prohibición, tolerancia y reconocimiento de aquella libertad (supra II, 2).

a) Formas asociativas provisionales. Se trata de formas de carácter transitorio, tales como coaliciones, comités o mutualidades de protección social que también incluyen, soterradamente, la reivindicación y defensa de intereses laborales. Corresponden a las fases de prohibición y a determinados períodos de las fases de tolerancia. A su través, los trabajadores se agrupan para alcanzar un objetivo concreto (convocatoria de huelga, negociación de un acuerdo colectivo…), pero sin poder acogerse a ninguna fórmula asociativa permanente que estuviera concebida de modo específico y lícito para llevar cabo la actividad sindical.

b) Formas corporativas. Bajo regímenes políticos de signo dictatorial, florecen estas formas que, si bien surgen con vocación de permanencia, desvirtúan por completo la naturaleza y fines del sindicato, ya que éste se configura con el carácter de Corporación de Derecho público, incorporado por tanto a la estructura organizativa del Estado y sometido a las directrices económicas y sociales del poder político. Ejemplos de estas formas de sindicatos corporativos se encuentran en los Comités Paritarios de la Organización Corporativa Nacional (RDL 26-11-1926) creada durante la dictadura de Primo de Rivera, o en el sindicato vertical instaurado por la dictadura franquista (Declaración XIII, 3 Fuero del Trabajo de 9-3-1938).

c) Formas asociativas permanentes. Se articulan sobre la base del reconocimiento normativo de la libertad sindical y del sindicato, con sometimiento al Derecho privado y pretensión de perdurabilidad y

autonomía. La naturaleza jurídica del sindicato en los ordenamientos respetuosos con la libertad sindical y el consecuente pluralismo social es la de persona jurídica de carácter asociativo y de interés público. El carácter asociativo se garantiza por la ley en el ámbito de la libertad sindical individual reconociendo el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, como ya se vio [arts. 28.1 CE y 2.1.a) LOLS], impidiéndose así que el Estado se injiera en la autonomía organizativa y funcional del sindicato. La consideración del sindicato como asociación de interés público (art. 35.1 CC), se desprende de la doctrina del TC al afirmar que la función constitucional de los sindicatos «no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado», ya que «Cuando la Constitución y la Ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores ut singulus, sean de necesario ejercicio colectivo» (SSTC 70/1982 y 210/1994). Se trata, por tanto, de una representación institucional de intereses colectivos, que desborda el marco de la relación de afiliación, y no de una representación privada mediante apoderamiento, tácito o expreso, que, incluso si está concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración del poderdante (art. 1.713 CC).

La configuración constitucional del sindicato también garantiza su necesaria autonomía de los poderes públicos y privados, al establecerse que no sólo su creación, sino también el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la CE y a la ley (art. 7 CE). Autonomía que después se plasma en el reconocimiento de derechos de autoorganización y de actividad sindical (art. 2.2 LOLS).

B) Elemento subjetivo

El sindicato está constituido por trabajadores, sin ulterior calificación (art. 7 CE). La amplitud de este ámbito subjetivo, constitucionalmente garantizada y producto de una evolución histórica tendente a la confluencia de los intereses socioeconómicos de clase, se confirma en la norma orgánica que, como ya se sabe, delimita ese ámbito, en coherencia con aquella garantía, dando cabida en dicha organización a los trabajadores asalariados, al personal con relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas y a los trabajadores autónomos, si bien a éstos no se les permita la fundación de sindicatos integrados exclusivamente por ellos (supra III, 1). Al margen de sus distintos niveles de formación o conciencia social, el sindicato aglutina a estos colectivos de trabajadores desde un punto de vista sociológico, atendiendo a su posición dependiente, pasada, actual o futura, en el proceso de producción y distribución de bienes y servicios, lo que permite estructurar de forma homogénea sus intereses socioeconómicos, sin que ello signifique inexistencia de intereses específicos en función del sector de la actividad o de la empresa en que se presten o hayan prestado los servicios.

C) Elemento finalista

Los intereses cuya defensa y promoción se atribuyen al sindicato, se califican como económicos y sociales (art. 7 CE). Con ello se supera constitucionalmente la reducción funcional del sindicato a objetivos tan sólo económicos. Reducción que obedecía a un doble motivo. De un lado, a la estrategia histórica del movimiento obrero propiciando una nítida división de cometidos entre el partido político (ámbito sociopolítico) y el sindicato (ámbito económico). De otro, al interés de los poderes político y económico en circunscribir el quehacer sindical a la esfera económica, de forma que no se cuestionasen los aspectos sociopolíticos de la gestión empresarial y de los poderes públicos con incidencia en las relaciones de trabajo. Pero el reconocimiento jurídico de los sindicatos y la participación de éstos en el desarrollo de políticas sociales de mayor contenido distributivo de la riqueza en el marco del Estado de Bienestar tras la segunda guerra mundial, contribuirán significativamente a debilitar aquella rígida división de funciones y a la ampliación de los fines del sindicato a los de carácter social, tanto en el ámbito de la empresa como en el institucional. En nuestro ordenamiento constitucional se refleja con claridad esa evolución al atribuirse al

sindicato no sólo una finalidad de defensa de los mencionados intereses económicos y sociales, sino también de promoción de los mismos (art. 7 CE), lo que significa reconocerle capacidad de obrar tanto para reaccionar jurídicamente frente a violaciones de los derechos e intereses de los trabajadores, como para promover, en el marco de la CE y de la ley, las reformas y transformaciones necesarias en orden a superar la situación de dependencia económica y social de éstos en el sistema económico capitalista.

Paradigma de la ampliación de los fines del sindicato en el terreno de la empresa es la existencia de materias incorporadas a la negociación colectiva en relación con el ejercicio del poder empresarial directivo y organizativo (contratación laboral, movilidad funcional y geográfica, métodos de organización del trabajo…), al amparo del amplio contenido negocial que contemplan los artículos 37.1 CE y 85.1 ET. En la esfera institucional, la práctica por los sindicatos de la concertación social y de la legislación negociada con presencia de los poderes ejecutivos, estatal o autonómicos, así como la participación de ciertas organizaciones sindicales en organismos públicos que tienen encomendadas funciones de propuesta, asesoramiento e informe sobre materias de índole social (por ejemplo, el Consejo Económico y Social del Estado: art. 131.2 CE), constituyen, entre otras, muestras evidentes del acomodo de los fines económicos y sociales del sindicato a las determinaciones de la norma constitucional. Acomodo de fines propios, así como de medios de actuación específicos, que facilita con seguridad su distinción de los partidos políticos, lo que coadyuva al mantenimiento de la necesaria autonomía sindical.

El carácter de sujeto socioeconómico con proyección política de que está dotado constitucionalmente el sindicato para la defensa y promoción de los intereses de esa índole propios de los trabajadores, permite su deslinde de otras asociaciones o corporaciones.

De las asociaciones profesionales (por ejemplo, las de Jueces Magistrados o Fiscales: art. 127.1 CE) le separan tanto la atribución a éstas de fines de defensa de los «intereses profesionales» de sus miembros (arts. 401.2.ª LOPJ y 54.1 Ley 50/1981), como la ausencia de la mayor parte de los medios típicos de la acción sindical (por ejemplo, negociación colectiva o participación en la empresa).

Respecto de los Colegios Profesionales (por ejemplo, de abogados) les diferencia su naturaleza jurídica, que es de índole corporativa (art. 1.1 Ley 2/1974), la cualidad de sus miembros (agrupados por titulaciones y dedicados comúnmente al ejercicio de una profesión) y la especificidad de sus fines (además de dirigirse a la representación y defensa de los intereses profesionales de sus miembros, se orientan de forma principal a la ordenación y control del ejercicio de una profesión). La norma constitucional abona esa distinción, emplazando en un lugar específico, y separado de los sindicatos, a dichos Colegios (art. 36 CE).

Las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación tampoco pueden identificarse con los sindicatos. Su naturaleza jurídica deriva asimismo de su condición de corporaciones de derecho público, configuradas como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, con fines de representación, promoción y defensa de los intereses generales de dichos sectores y adscripción de las personas físicas o jurídicas que ejerzan las actividades propias de los mismos (arts. 2.1, 3 y 7 Ley 4/2014, de 1 de abril).

La distinción del sindicato con las asociaciones empresariales, reposa en la naturaleza jurídica de éstas, amparadas por el genérico derecho de asociación (art. 22 CE), pero no por el específico de asociación sindical (art. 28.1 CE), en los medios de acción que, salvo la negociación colectiva, no se comparten con los propios de los sindicatos, y en el lugar que ocupan éstos en relación con dichas asociaciones, ya que «no puede olvidarse que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa» (SSTC 120/1983 y 134/1994). De aquí que la incongruencia legal de reconocer la libertad de sindicación de las asociaciones empresariales a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 CE (Disp. Derog. LOLS), haya sido corregida por la doctrina constitucional estableciendo de forma inconcusa que la «sindicación de los empresarios (términos antagónicos) se sitúa extramuros del artículo 28.1 de la Constitución, encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del artículo 22 de la misma (ATC 113/1984)», de forma que «la libertad sindical es predicable

tan sólo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores» (STC 52/1992).

2. Tipología

La autonomía del sindicato le permite organizarse en torno a distintos ámbitos que se combinan entre así. Tales ámbitos son el funcional, el territorial y el estructural.

A) Ámbito funcional

En este ámbito, que debe figurar necesariamente en los estatutos del sindicato, éste se articula a través de dos formas organizativas.

a) Sindicatos profesionales o de oficio. Afilian a los trabajadores con arreglo a un criterio horizontal, es decir, teniendo en cuenta sus cualificaciones profesionales o especialidades laborales, con independencia del sector o subsector de la actividad económica en el que prestan sus servicios. Son propios del capitalismo preindustrial, en el que los trabajadores están concentrados en manufacturas y la división del trabajo no ha alcanzado el pormenor del capitalismo industrial desarrollado. Se trata de una forma organizativa de corte corporativista en la que prevalecen los intereses de una profesión u oficio, lo que no significa, claro está, que dichos interés estén desprovistos de legitimidad. En la actualidad su número es reducido, pero no por ello es menor su influencia en las relaciones de trabajo (por ejemplo, pilotos de vuelo, controladores aéreos o ciertos profesionales de la salud). Su creación y funcionamiento están permitidos en la normativa vigente [arts. 7 CE y 4.2.b) LOLS].

b) Sindicatos industriales. La agrupación de los trabajadores se realiza atendiendo a un criterio vertical por sectores o subsectores de la actividad económica, al margen de las cualificaciones profesionales o especialidades laborales (por ejemplo, sindicato del metal, de la enseñanza o de la hostelería). Aparecen estos sindicatos con la emergencia de la sociedad industrial al calor de la extensión del sistema de producción capitalista y son los que hace tiempo tienen mayor presencia en el mundo de las relaciones laborales en un buen número de países de la órbita occidental. Corresponden a una fase de mayor conciencia sindical en el sentido de que en ellos prevalecen los intereses de amplios colectivos de trabajadores. Con igual fundamento normativo que en el supuesto anterior, pueden fundarse y desarrollar su actividad sindical.

B) Ámbito territorial

La referencia a un ámbito territorial en el que el sindicato ejerza sus funciones es inexcusable como contenido necesario de sus estatutos [art. 4.2.b) LOLS]. A efectos de ese ejercicio, debe entenderse por tal ámbito aquel espacio geográfico en el que prestan sus servicios los trabajadores afiliados o está emplazado su centro de trabajo, ya se produzca esa afiliación a un sindicato de profesión u oficio o a uno de carácter industrial. El ámbito territorial de afiliación puede ser tanto internacional como nacional, cupiendo en este último circunscripciones de menor extensión (autonómicas, provinciales, locales...). La posibilidad de constituir organizaciones sindicales de ámbito internacional se contempla expresamente como un derecho de todo sindicato, integrado en el contenido de su libertad sindical colectiva [arts. 28.1 CE y 2.2.b) LOLS].

C) Ámbito estructural

A partir de los anteriores ámbitos, este otro acoge dos formas de organización del sindicato.

a) Sindicatos de estructura simple. Su organización se basa en integrar a trabajadores individualmente considerados. Por ejemplo, un sindicato local o provincial de la construcción o de médicos. Por consiguiente, se constituyen a partir de un ámbito territorial y funcional, pudiendo ser este último profesional o industrial.

b) Sindicatos de estructura compleja. Están formados por la agrupación voluntaria de sindicatos de estructura simple que se asocian entre sí siguiendo un principio de solidaridad para la defensa y promoción de intereses comunes. Se trata de organizaciones de estructura compleja, ya que agrupan a sindicatos de base o primarios, cada uno de los cuales está dotado de personalidad jurídica propia que conservan pese a la asociación. Por ejemplo, los sindicatos locales de distintas profesiones o sector de la actividad económica se asocian en una unión local de sindicatos.

El ordenamiento vigente admite estos sindicatos de estructura compleja [arts. 28.1 y 2.2.b) LOLS]. Conforme a estos preceptos, debe entenderse que, dentro del territorio estatal, en la «federación» se incluyen todas las estructuras sindicales complejas que los sindicatos acuerdan constituir al amparo de su libertad sindical colectiva de organización, en tanto que la «confederación» es el ente sindical que agrupa al conjunto de federaciones, constituyendo la cúspide del sindicato, por lo que cuenta con los máximos poderes de acción sindical en el ámbito estatal o autonómico.

3. Contenido

A) Alcance

El contenido de la libertad sindical colectiva se atribuye en exclusiva a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, estableciendo los derechos que, en ese plano, les corresponden (art. 2.2 LOLS). El repertorio de los mismos no es exhaustivo. De un lado, porque también en este nivel el contenido adicional de ese repertorio de derechos puede ampliarse por la ley o la negociación colectiva creando medios promocionales de la actividad sindical (STC 173/1992). De otro, dado que, en algunos supuestos, la doctrina constitucional ha integrado en aquella libertad sindical colectiva ciertos derechos o facultades que no aparecen de modo expreso en el mencionado precepto.

a) Derechos de autoorganización

La virtualidad expansiva del artículo 28.1 CE garantiza a los sindicatos «un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley» (STC 168/1996). Ese ámbito o contenido esencial de la libertad sindical colectiva (el carácter esencial del ámbito de actuación exige que el contenido del derecho también lo sea) se refleja en la ley reconociendo a los sindicatos ciertos derechos de autoorganización (art. 2.2 LOLS), así como en la doctrina constitucional respecto de otros derechos de esa índole no contemplados de modo específico en este precepto pero integrados también en aquel contenido esencial. Tales derechos impiden a terceros, incluidos los poderes públicos, toda actividad de control material o injerencia en el libre desenvolvimiento interno del sindicato, lo que es compatible con un control de legalidad formal (de la autoridad pública respecto del depósito de los estatutos del sindicato) o de fondo (de los órganos judiciales en relación con dicho depósito o con la realización de actividades ilícitas por el sindicato). En este ámbito autoorganizativo se incluyen los siguientes derechos:

a') Derecho a redactar sus estatutos y reglamentos, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción [art. 2.2.a) LOLS].

b') Derecho a constituir sindicatos de estructura compleja, en concreto federaciones, confederaciones y organizaciones, así como afiliarse a ellas o retirarse de las mismas, a nivel nacional o internacional [arts. 28.1 CE y 2.2.b) LOLS].

c') Derecho a no ser suspendidas ni disueltas, sino mediante resolución firme de la autoridad judicial fundada en el incumplimiento grave de las Leyes [art. 2.2.c) LOLS], lo que resulta coherente con el ámbito individual de la libertad sindical que, como se ha visto, reconoce a los propios trabajadores el derecho a suspender o extinguir el sindicato por procedimientos democráticos [art. 2.1.a) LOLS].

d') Derechos de las secciones sindicales, en la medida en que «la constitución de secciones, la elección o designación de representantes, portavoces o delegados y que éstos actúen en representación de los afiliados, es ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato y, en cuanto tal, la LOLS no lo prohíbe a ningún sindicato ni a ninguna sección sindical y no puede ser impedido ni coartado (SSTC 61/1989, 84/1989, 173/1992 y 292/1993); conjunto de derechos que, además, «Forma parte del contenido esencial de la libertad sindical y de esta forma el sindicato puede estar presente en los lugares de trabajo y realizar allí sus funciones representativas» (SSTC 173/1992 y 168/1996).

b) Derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella

El artículo 28.1 CE integra también la vertiente funcional de la libertad sindical colectiva, concretada en el derecho a ejercer la actividad sindical [art. 2.2.d)], «es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden» (STC 168/1996). El artículo 2.2.d) LOLS contempla los derechos que en todo caso debe comprender el derecho al ejercicio de la actividad sindical. De los términos imperativos en que se pronuncia dicho precepto resulta que tales derechos integran el contenido esencial de la libertad sindical colectiva. A ellos se deben sumar otros no recogidos de modo expreso en el citado precepto, pero que también forman parte del contenido esencial de dicha libertad. De todo ello resulta el siguiente catálogo de derechos:

a') El derecho a la negociación colectiva, reconocido a todos los sindicatos constituidos conforme a la ley, cualquiera que sean sus ámbitos funcional y territorial de actuación, aunque con atenimiento a las específicas reglas de legitimación negocial (STC 107/2000).

b') El ejercicio del derecho de huelga, ya que su titularidad es individual. Dicho ejercicio comprende una serie de facultades colectivas que se estudian más adelante [Capítulo 18, III, 1, B)].

c') El derecho a plantear conflictos individuales y colectivos, ya sea por vía judicial o extrajudicial.

d') El derecho a la presentación de candidaturas para la elección de órganos de representación de los trabajadores en las empresas (Comités de Empresa y Delegados de Personal) y de los funcionarios en las Administraciones Públicas (Juntas de Personal y Delegados de Personal), en los términos previstos en sus respectivas normas, recogidas, por lo que a este derecho se refiere, en el artículo 69.3 ET para los primeros y en el artículo 44 EBEP para los segundos.

e') El derecho «de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines propios del Sindicato» (SSTC 91/1983 y 169/1996).

f') El derecho a transmitir información sindical a los trabajadores, afiliados o no (STC 281/2005).

g') El derecho a la protección eficaz de la actividad de los representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones, mediante la atribución de una serie de garantías y facilidades dirigidas a asegurar dicha actividad (SSTC 40/1985 y 191/1996 y art. 1 Convenio OIT 135/1971).

c) Derecho a la igualdad de trato

Comporta el derecho del sindicato a no ser tratado de forma discriminatoria por los poderes públicos (SSTC 23/1986 y 168/1996) o cualquier otro sujeto (arts. 13 LOLS y 177 LJS). Aunque la norma no lo contemple de forma explícita, «en el derecho de libertad sindical está implícito el de igualdad de trato entre sindicatos» (SSTC 53/1982, 217/1988 y 184/1991).

B) Responsabilidades

De la personalidad jurídica del sindicato y su consiguiente actuación en el ámbito de sus derechos y facultades con plena capacidad de obrar, se deriva la exigencia de responsabilidad jurídica cuando aquél lleve a cabo acciones u omisiones ilícitas o provoque daños con dicha actuación. Tal responsabilidad, que puede ser de distinto orden (civil, penal, administrativo), se contempla en la norma laboral mediante dos reglas generales, una inclusiva y excluyente la otra. Ambas se ocupan de identificar la responsabilidad del sindicato en su relación con terceros y con sus afiliados.

De acuerdo con la regla inclusiva, los sindicatos legalmente constituidos deben responder por los actos o acuerdos que hayan adoptado «sus órganos estatutarios en la esfera de sus competencias» (art. 5.1 LOLS), lo que es coherente con las reglas generales de funcionamiento de las asociaciones. Por tanto, si estas circunstancias no se producen habría que concluir, en principio, la exclusión de la responsabilidad del sindicato, pudiendo exigirla los perjudicados a las personas integrantes del órgano que haya adoptado dichos actos o acuerdos. (Por ejemplo, convocatoria de huelga en un ámbito provincial por un órgano del sindicato que carece de competencia para ello respecto de los trabajadores que la secundan desconociendo tal extremo.) Sin embargo, la exclusión no operaría frente a terceros de buena fe cuando actúe el órgano competente pero con extralimitación en sus funciones, pues en este caso se habría creado una apariencia jurídica verosímil que dejaría ayunos de desprotección a los perjudicados (art. 7.1 CC).

La segunda regla excluye la responsabilidad del sindicato por actos individuales de sus afiliados, lo que es congruente con lo dispuesto para el mandato representativo en el caso de que el mandatario obre en su propio nombre (art. 1.717 CC). Pero la exclusión se exceptúa en dos supuestos: cuando tales actos se lleven a cabo en el ejercicio regular de las funciones representativas o cuando se pruebe que los afiliados, sin disponer de dichas facultades, actuaban por cuenta del sindicato (art. 5.2 LOLS), ya que en ambos casos los efectos jurídicos de esa representación repercuten en la esfera jurídica del sindicato representado al considerarse que es éste quien ha realizado tales actos.

V. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y EMPRESARIAL

1. Representatividad sindical

A) Concepto

El reconocimiento jurídico de la libertad sindical genera una situación de pluralismo en la que diversos sindicatos actúan en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. De ordinario, estas organizaciones tienen un distinto peso representativo y, por ello, su eficacia es desigual en lo tocante a aquella defensa y promoción. Con la finalidad de lograr la más alta eficacia en esa actuación, surge la noción de mayor representatividad sindical. Primero en el ámbito internacional, al contemplarse en la Constitución de la OIT de 28 de junio de 1919 la obligación de los Estados miembros de designar a los delegados no gubernamentales (en representación de trabajadores y empleadores) «de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de los empleadores y de los trabajadores» (art. 389.3.º). Por esta vía, la noción se introduce en la legislación de dichos Estados, apareciendo en el ordenamiento laboral español por vez primera en el RDL de 6 de diciembre de 1977, que reguló provisionalmente la elección de representantes de los trabajadores en la empresa y reconoció a «los sindicatos de trabajadores suficientemente representativos» la facultad de convocar dichas elecciones; incorporándose después a distintas normas laborales, entre ellas a la inicial versión del ET de 1980 (art. 87.2 y Disp. Adic. 6.ª) e institucionalizándose plenamente con la LOLS.

En esta última norma, la mayor representatividad se instaura como la columna vertebral del subsistema de relaciones colectivas de trabajo, siendo su propia noción legal claro exponente de ello. A tenor de la misma, «la mayor representatividad reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular

posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical» (art. 6.1 LOLS). Actúa así esta noción como presupuesto de la capacidad de obrar de ciertos sindicatos para el desarrollo de determinadas actividades de carácter económico y social.

La doctrina constitucional ha declarado que la singular posición jurídica que la mayor representatividad otorga a determinados sindicatos no vulnera por sí sola el derecho de libertad sindical en relación con el principio de igualdad (arts. 28.1 y 14 CE). No obstante, para que tal vulneración no se produzca es necesario compatibilizar aquel derecho con el principio de «promoción del hecho sindical» que aparece vinculado con el artículo 7 CE (STC 98/1985). La conciliación de estos principios desemboca en una cuestión de límites, por lo que, para determinar si aquella transgresión acontece, es preciso analizar las concretas facultades atribuidas a los sindicatos que alcancen ciertas cotas de representatividad.

B) Grados de representatividad, derechos y facultades

La representatividad sindical no es una categoría uniforme, sino que presenta distintos grados. Para alcanzarlos se utilizan por la norma ciertos criterios de selección de los sindicatos legalmente constituidos. Aunque no existen al respecto reglas de validez general en el ámbito de la OIT, su Comité de Libertad Sindical ha señalado que los criterios que se utilicen a este propósito han de ser «de carácter objetivo o fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso» (Informe n.º 36, caso n.º 190), pautas que la doctrina constitucional también ha hecho suyas (STC 65/1982). De su aplicación resultan distintos grados de representatividad sindical, en cuya virtud se atribuyen a los sindicatos que los alcanzan un conjunto de derechos y facultades (arts. 6.2 y 7 LOLS).

a) Sindicatos más representativos

Puede obtenerse este grado en dos ámbitos, estatal y autonómico, conforme a los criterios de la audiencia electoral y del vínculo asociativo. Los porcentajes de audiencia electoral que se exigen en dichos ámbitos revelan que sólo las confederaciones sindicales con una extensa y sólida implantación territorial y funcional pueden alcanzar la mayor representatividad, lo que es coherente con la finalidad de eficaz defensa y promoción de los intereses de los trabajadores asignada a esta figura.

a') Ámbito estatal

a") Criterios de atribución

El criterio medular para obtener este grado de mayor representatividad es el de la audiencia electoral. De acuerdo con el mismo, el sindicato debe alcanzar en el ámbito estatal, como mínimo, el 10 por 100 de representantes en las elecciones a órganos de representación colectiva unitaria en el ámbito de la empresa y en el ámbito de las Administraciones Públicas. Con arreglo al criterio del vínculo asociativo, adquieren asimismo este grado los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativo de acuerdo con el criterio de la audiencia electoral.

Conforme a la doctrina del TC, este segundo criterio de «irradiación» de la representatividad no plantea problema alguno de constitucionalidad. De un lado, porque dicho criterio no impide que los sindicatos carentes de esa vinculación asociativa puedan alcanzar representatividad en su propio ámbito (sindicatos con suficiente representatividad). De otro, porque la mayor representatividad irradiada «arranca de un dato objetivo, que es la voluntad de los trabajadores» (STC 65/1985). No obstante, doctrina cualificada ha puesto de relieve con fundamento que esta argumentación tiene una débil consistencia, sobre todo debido a que la capacidad representativa del sindicato asociado no descansa en la pauta objetiva de la voluntad de los trabajadores del ámbito funcional y territorial en que ha de actuar, sino que tal capacidad

deriva de los votos de trabajadores de ámbitos distintos, el estatal o el autonómico (en el que este criterio también opera, como ahora se verá).

En todo caso, la doctrina constitucional ha señalado que los sindicatos más representativos por vínculo asociativo sólo pueden ejercer sus facultades en el concreto ámbito funcional y territorial en el que tienen efectiva implantación, moderando así la aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 6.3 LOLS en el sentido de que los sindicatos más representativos (mediante audiencia electoral o vinculación asociativa) gozan de capacidad representativa para ejercer sus facultades legales «a todos los niveles territoriales y funcionales», pues ello conduciría «al absurdo de conceder representatividad a sindicatos carentes de implantación» (STC 65/1985). Por ejemplo, una sección sindical de empresa no puede negociar un convenio colectivo de ámbito provincial aunque sea más representativa por irradiación.

b") Derechos y facultades

La singular posición jurídica atribuida a estos sindicatos se proyecta, como se dijo, en la participación institucional y en la acción sindical. Dentro de estos ámbitos y de forma más específica, la ley reconoce a estos sindicatos determinados derechos que pueden calificarse como prerrogativas jurídicas, aunque el alcance de algunas de ellas haya sido matizado por la doctrina constitucional.

1) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista. Esta representación —usualmente dominada participación institucional— tiene lugar en el marco de la Administración como poder público pero no como empleador (por ejemplo, en los órganos correspondientes del SEPE), estando reservada a la ley la disciplina de la misma, pues se trata de una materia que afecta a la organización administrativa pública (art. 103.2 CE) y así lo dispone expresamente en punto a la participación institucional el artículo 129.1 CE (STS 22-5-2001). Por otra parte, dicha representación no forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, al no derivar necesariamente de ésta y ser creación de la ley (STC 31-3-1986).

2) Ejercer el derecho de negociación colectiva, en los términos previstos en el ET. Lo que significa poseer legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios (arts. 87 y 88 ET), cuya eficacia personal general justifica la exigencia de mayor representatividad, teniendo en cuenta que todo sindicato está legitimado para la negociación colectiva de eficacia limitada (STC 98/1985).

3) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación. Conecta este derecho con la legitimación de estos sindicatos para negociar pactos y acuerdos en el ámbito funcionarial (arts. 33 y 36 EBEP), con una justificación igual a la señalada en el anterior apartado b) (STC 98/1985), bien que reforzada habida cuenta de la inexistencia de negociación colectiva de eficacia limitada para dicho personal.

4) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo. Derecho que ciñe su ámbito aplicativo a los sistemas públicos extrajudiciales de solución de tales conflictos, puesto que los sistemas privados son de libre creación por las partes (STC 98/1985) a través de la negociación colectiva.

5) Promover elecciones para Delegados de Personal y Comités de Empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas. La exigencia de un dintel mínimo de representatividad para esta promoción aparece como una medida lógica de ordenación del proceso electoral, cuya finalidad es «evitar las disfunciones derivadas de una atribución indiscriminada, y no altera los derechos de los excluidos, pues éstos pueden presentar su candidatura [art. 2.2.d) LOLS]» (STC 98/1095).

6) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente. Derecho que no plantea problemas de inconstitucionaldad, ya que el precepto orgánico no excluye a los restantes sindicatos de su disfrute y, por tanto, no lo atribuye de forma exclusiva

a los sindicatos más representativos. La eventual inconstitucionalidad en esta materia podría derivar, en su caso, de la regulación legal del derecho, pero no se advierte en su reconocimiento por la LOLS (STC 98/1985). Su regulación de desarrollo se contiene básicamente en la Ley 4/1986, de 8 de enero, de Cesión de Bienes del Patrimonio Sindical Acumulado y en su reglamento aprobado por RD 1.671/1986, de 1 de agosto.

7) Cualquier otra función representativa que se establezca. Atribución genérica que deja abierto el precedente repertorio a fin de que la ley pueda ampliarlo para los sindicatos más representativos. La propia norma orgánica lleva a cabo esa ampliación mediante el reconocimiento de derechos adicionales de acción sindical en la empresa (arts. 8.2 y 9.1 LOLS) y de tutela de la libertad sindical (art. 14 LOLS). Otras disposiciones se acogen también a esta cláusula abierta, por ejemplo, para establecer la obligación por parte del Gobierno del Estado de consultar a dichos sindicatos con anterioridad a la fijación del SMI (art. 27.1 ET).

b') Ámbito autonómico

a") Criterios de atribución

En este ámbito, la mayor representatividad se adquiere, en primer lugar, por los sindicatos que alcancen «una especial audiencia», manifestada en la obtención en el ámbito autonómico, como mínimo, del 15 por 100 de representantes en las elecciones a órganos de representación colectiva unitaria en el ámbito de la empresa y en el ámbito de las Administraciones Públicas. Además, en segundo término, dichos sindicatos han de alcanzar un mínimo de 1.500 representantes y no estar federados o confederados con organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal.

Mediante el criterio del vínculo asociativo también pueden lograr la mayor representatividad los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a un sindicato de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativo de acuerdo con el criterio de la audiencia electoral.

b") Derechos y facultades

A estos sindicatos se les reconoce capacidad representativa para ejercer los derechos y facultades de que también disponen los sindicatos más representativos en el ámbito estatal de acuerdo con el artículo 6.3 LOLS, si bien se añade la capacidad de ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismo de carácter estatal.

Es precisamente esta facultad adicional la que justifica, según el criterio del TC, el tratamiento diferenciado y más exigente para alcanzar mediante la audiencia electoral la condición de sindicato más representativo en el ámbito autonómico respecto del ámbito estatal (STC 98/1985). El argumento no es convincente. De un lado, porque el mayor porcentaje autonómico no sólo se exige para aquella facultad adicional, sino para todos los restantes derechos y facultades que los sindicatos autonómicos pueden ejercer en este ámbito, lo que no es coherente con el porcentaje más reducido que se requiere a los sindicatos de ámbito estatal en relación con los mismos derechos y facultades. De otro, porque la aplicación combinada del porcentaje (15 por 100) y del número mínimo de representantes (1.500) supone elevar en la práctica para algunas de ellas el índice de audiencia exigido, ya que el número de representantes varía en función del número de empresas de cada Comunidad Autónoma.

b) Sindicatos con representatividad suficiente

a') Ámbitos funcional y territorial

Los sindicatos que no hayan alcanzado la condición de más representativos, pueden estar dotados, no obstante, de una suficiente representatividad. Para ello es necesario que obtengan en un ámbito territorial o funcional específico (por ejemplo, sindicato provincial de la industria química) un porcentaje mínimo del 10 por 100 de representantes en las elecciones a órganos de representación colectiva unitaria en el ámbito de la empresa y en el ámbito de las Administraciones Públicas. Para adquirir este grado de representatividad se utiliza únicamente el criterio de la audiencia electoral, en una opción de política legislativa cuya consecuencia práctica es dificultar la expansión de los sindicatos que lo hayan alcanzado, aunque formalmente no se lesione el principio de igualdad de trato al tratarse de organizaciones con un menor nivel de audiencia.

El ámbito funcional y territorial específico exigido, que por definición ha de ser menor que el estatal y el autonómico, viene delimitado por la «normativa aplicable en cada caso» (art. 7.2 LOLS), lo que remite a la regulación de cada concreta materia, derecho o facultad a ejercitar. Por ejemplo, ostentan este grado de representatividad los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de Comités de Empresa o Delegados de Personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio colectivo estatutario sectorial [art. 87.2.c) ET].

b') Derechos y facultades

Estos sindicatos están legitimados para ejercer los derechos y facultades enumeradas en el artículo 6.3 LOLS para los sindicatos más representativos de ámbito estatal, con dos excepciones: la representación institucional y la obtención de cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos. Sin embargo, se trata de una reducción de carácter relativo como se infiere de la doctrina constitucional. La primera dado que la representación institucional a los sindicatos más representativos «no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, integren además en sus propios órganos a otros sindicatos que no tengan esta consideración» (STC 98/1985). Y la segunda considerando que la obtención de las referidas cesiones se limita a reconocer tal capacidad a los sindicatos más representativos, sin excluir a este respecto a los restantes sindicatos, de modo que el artículo 6.3.f) LOLS no debe interpretarse como atributivo de un monopolio de esta facultad a aquellos sindicatos (STC 98/1985).

c) Sindicatos con representatividad ordinaria

El grado de representatividad ordinaria corresponde a los sindicatos que no hayan alcanzado la cota de representatividad suficiente. La representatividad que ostentan es la ordinaria porque corresponde a todo sindicato legalmente constituido. Los derechos y facultades que pueden ejercer se reconocen mediante una doble vía, legal y convencional. La vía legal de mayor contenido es la contemplada en el artículo 2.2 LOLS, que, como ya se sabe, reconoce a toda organización sindical una serie de derechos, aunque algunos de ellos se atribuyan en los términos previstos en las normas correspondientes (por ejemplo, el derecho a la negociación colectiva); normas que pueden impedir a los sindicatos con representatividad ordinaria el ejercicio del derecho, en parte o en su integridad. Por el cauce de los convenios colectivos se pueden obtener determinados derechos y facultades adicionales por parte de estos sindicatos o entes sindicales cuando acrediten un determinado porcentaje de representatividad, aunque éste no alcance el nivel de la representatividad suficiente. Tal es caso, por ejemplo, de la cláusula del convenio colectivo estableciendo cinco días anuales de licencia retribuida para la asistencia a cursos de formación sindical a favor de los afiliados a las secciones sindicales de empresa que afilien, cada una de ellas, al 10 por 100 de la plantilla de la misma (STS 13-7-1994).

2. Representatividad empresarial

Aun recogida en la norma laboral, la representatividad empresarial reposa sobre el derecho de asociación y no, como se vio, sobre el de libertad sindical. El criterio utilizado para medirla en determinados niveles es el de la implantación efectiva, bien que modulado al calcularse sobre un porcentaje de empresas asociadas y de trabajadores empleados tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Se regula respecto de dos clases de materias. La primera de ellas les faculta para ostentar «representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las Administraciones Públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista». Gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten al menos con el 10 por 100 de las empresas asociadas y trabajadores en el ámbito estatal, así como con un mínimo del 15 por 100 de empresas asociadas y trabajadores en el ámbito autonómico, sin que en este último supuesto estén comprendidas las asociaciones empresariales que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal. En los dos ámbitos dispondrán, específicamente, de capacidad para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente (Disp. Adic. 6.ª ET).

La segunda materia se refiere a la legitimación para negociar convenios colectivos sectoriales estatutarios que utiliza un criterio similar de implantación efectiva, aunque con alguna peculiaridad [Capítulo 19, III, 2, B)].

VI. TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

1. Las conductas antisindicales

A) Sujetos pasivos

La protección de la libertad sindical alcanza pasivamente a los sujetos a quienes se les reconocen los derechos que integran su contenido, esencial y adicional, esto es, a los trabajadores, afiliados o no a las organizaciones sindicales, así como a éstas cuando estén legalmente constituidas. Debe tenerse en cuenta que otros sujetos colectivos distintos de los sindicatos no gozan, en principio, de dicha protección. Es el caso del Comité de Empresa, al ser creación de la ley ordinaria que sólo encuentra una indirecta vinculación con el artículo 129.2 CE (SSTC 37/1983 y 118/1983), por lo que la vulneración de las normas de la representación unitaria en la empresa no implica lesión de la libertad sindical, pues ésta «no alcanza a cubrir la actividad sindical del comité de empresa (SSTC 134/1994 y 95/1996), salvo que estén en juego las garantías establecidas para la protección de la libertad sindical, como sucede, por vía de ejemplo, con el trabajador afiliado a una organización sindical que se presenta como candidato de la misma a las elecciones de Comités de Empresa y Delegados de Personal (SSTC 51/1988 y 1/1994).

B) Sujetos activos

La vulneración de la libertad sindical puede materializarse a través de la actuación de distintos sujetos, individuales o colectivos. Entre ellos destacan, por su prominente posición jurídica, institucional y/o económica, los empresarios, los poderes públicos y los sindicatos.

a) Empresarios

Considerando su superior posición económica y jurídica en el contrato de trabajo, las normas laborales se ocupan de afirmar la protección de los trabajadores y sus representantes frente a conductas antisindicales que suelen tener como sujeto activo al empresario, aunque la formulación abierta de tales normas, en su mayoría, permita incluir también a otros sujetos distintos.

En primer lugar, por lo que se refiere a cualquier acto discriminatorio contra el trabajador que tienda a menoscabar su libertad sindical en relación con el empleo, en especial, los que pretendan bien sujetar su empleo a la condición de que no se afilie a un sindicato o deje de ser miembro del mismo, bien a decidir su despido o a perjudicarle en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical, de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (art. 1 Convenio OIT 98/1049).

En segundo término, en lo que afecta a todo acto discriminatorio contra los representantes de los trabajadores que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que la actuación de dichos representantes sea conforme con la normativa de aplicación (art. 1 Convenio OIT 137/1971).

En tercer lugar, la protección se establece frente a actos de injerencia que consistan en «fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control» (art. 13.2.º LOLS y 2.2 Convenio OIT 98/1949).

b) Poderes públicos

Así como en los regímenes políticos de dictadura las violaciones de la libertad sindical por parte de los poderes públicos son ostensibles, directas y generales (por ejemplo, prohibiendo la libre fundación de sindicatos y la libre afiliación a los mismos), en los regímenes de corte democrático el quebrantamiento de aquélla suele ser más soterrado, indirecto y particular. En este sentido, las conductas antisindicales acostumbran a producirse con mayor frecuencia mediante actuaciones de discriminación indirecta en materia económica, vehiculadas por aquellos poderes respecto de algunos sindicatos. Es el caso de la anulación de preceptos legales (recogidos en los Presupuestos Generales del Estado de 1983, 1984 y 1985) relativos a la concesión de subvenciones a determinados sindicatos en perjuicio de otros (SSTC 20/1985, 26/1985 y 72/1985), o el de una distribución inequitativa del patrimonio sindical acumulado entre ciertos sindicatos (STC 99/1983).

c) Sindicatos

Las conductas antisindicales protagonizadas por los sindicatos, de forma unilateral o pactada, son susceptibles de realizarse en dos ámbitos. El primero es el ámbito interno del sindicato, en el que la conducta antisindical puede manifestarse tanto en la propia norma fundacional (por ejemplo, no permitiendo en los estatutos la afiliación de trabajadores en función de su ideología), como en los acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios (por ejemplo, sancionando disciplinariamente la legítima discrepancia del afiliado sobre determinada línea de actuación acordada por el sindicato en materia salarial).

El segundo ámbito es externo y opera en la negociación colectiva. En este terreno existen conductas antisindicales plasmadas de modo especial en las denominadas cláusulas de seguridad sindical, que se incluyen en los convenios colectivos a requerimiento del sindicato para robustecer su posición representativa en determinados ámbitos de negociación y actuación. Se trata de cláusulas que, entre otras variantes, obligan al empresario a contratar únicamente a trabajadores afiliados al sindicato que ha celebrado el convenio (taller cerrado o closed shop), a afiliarse al mismo en un determinado plazo bajo la condición de extinguir su contrato si no lo hacen (taller sindicato o union shop) o a contratar de modo preferente a trabajadores afiliados a dicho sindicato (empleo preferente o preferential hiring). La prohibición de tales cláusulas es terminante en nuestro ordenamiento [arts. 28.1 CE, 17.1 ET y 2.1.b) y 12 LOLS], de forma que no cabe establecer ningún monopolio sindical del empleo limitando el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato que libremente elija (STC 142/1993).

No todas las cláusulas de seguridad sindical vulneran, sin embargo, la legalidad. En el ordenamiento laboral existen dos de ellas que están admitidas. La primera es el canon de negociación colectiva, que

puede establecerse en los convenios colectivos y en virtud del cual los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación puedan atender económicamente «la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora, fijando un canon económico y regulando las modalidades de su abono» (art. 11.1 LOLS). De conformidad con este precepto, tal fijación debe respetar en todo caso la voluntad individual del trabajador, que debe expresarse por escrito en la forma y plazos que la negociación colectiva determine. La doctrina constitucional ha establecido ciertos requisitos que condicionan su correcta aplicación: la cuantía total del canon no puede sobrepasar los gastos derivados de la negociación, los sujetos beneficiarios son los sindicatos cuyos representantes han participado en la comisión negociadora del convenio y la improcedencia de exigir al trabajador manifestación expresa negativa para inaplicar el canon (STC 98/1985).

La segunda cláusula es la relativa a la retención de la cuota sindical que faculta al empresario a descontar dicha cuota de los salarios y a efectuar la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato al que el trabajador esté afiliado y previa conformidad de éste en todo caso (art. 11.2 LOLS).

2. Clases de tutela

El ordenamiento cuenta con distintos cauces para hacer efectiva la protección frente a las conductas antisindicales. Tales cauces se articulan en el orden normativo interno a través de dos clases de tutela: la tutela judicial y la tutela administrativa. A su vez, la tutela judicial ofrece tres vías de acuerdo con la jurisdicción competente para conocer del correspondiente proceso: la jurisdicción del orden social, la jurisdicción penal y la jurisdicción constitucional.

A) Tutela judicial

a) Orden social

La legitimación, tanto activa como pasiva, para que actúe el orden social de la jurisdicción, está configurada en términos amplios, ya que ante la misma puede recabar la tutela del derecho «Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada» (art. 13 LOLS). El cauce judicial previsto a este efecto es el de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas [arts. 177 a 185 LJS y Capítulo 26, IV, 2, A)].

La legitimación del trabajador incluye al TRADE, toda vez que de su derecho a afiliarse al sindicato de su elección y a ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales [art. 19.1.a) y c) LETA] se deriva la facultad de «recabar la tutela del derecho ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente» (art. 6.3 LETA). El orden jurisdiccional competente para conocer de esta tutela judicial es el social [arts. 17.1 LETA y 2.d) LJS] y, aunque la LETA guarde silencio, la modalidad procesal adecuada es la antedicha de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 185 LJS), prevista para «cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical» (art. 177.1 LJS).

Excluidos de esta vía de tutela están los funcionarios y el personal al servicio de las Administraciones Públicas sujeto a una relación de carácter administrativo o estatutario [art. 3.c) LJS], que deben canalizarla a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 13.1 LOLS y arts. 114 a 122 Ley 29/1998).

La posición procesal del sindicato en la referida modalidad puede ser de dos tipos. De un lado, como parte principal, bien frente a actuaciones que lesionen directamente sus derechos de libertad sindical colectiva (art. 177.1 LJS), bien, sin que exista esa lesión directa, cuando se produzca una conducta antisindical que afecte al interés colectivo de los trabajadores de modo que se advierta un interés legítimo del

sindicato (SSTC 7/2001 y 24/2001). De otro, como coadyuvante en el proceso incoado por el trabajador (art. 14 LOLS). Por otra parte, se admite también la legitimación activa de las secciones sindicales y los delegados sindicales en materia de libertad sindical (STS 9-11-1998).

La sentencia estimatoria de la tutela pretendida contendrá distintos pronunciamientos de tutela en función de las pretensiones ejercitadas y a partir de la declaración de existencia de vulneración del derecho de libertad sindical infringido (arts. 182.1 LJS y 12 y 15 LOLS):

- Tutela anulatoria, declarando la nulidad radical de la actuación del sujeto infractor. La nulidad puede afectar a las normas legales y reglamentarias, convenios colectivos, pactos individuales, decisiones del empresario, actuaciones del sindicato, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada [arts. 12 LOLS, 17.1 ET y 182.1.b) LJS].
- Tutela impositiva, ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a la libertad sindical o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta (por ejemplo, el reconocimiento de la actuación de un Delegado Sindical) o la obligación de realizar una actividad omitida (por ejemplo, facilitar un local adecuado a las secciones sindicales que tienen derecho al mismo en determinadas empresas).
- Tutela restitutoria, disponiendo el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de su situación al momento anterior a aquel en que se haya producido la lesión del derecho fundamental (por ejemplo, readmisión obligada del trabajador despedido por su afiliación sindical).
- Tutela resarcitoria, disponiendo la reparación de las consecuencias derivadas de la infracción del sujeto responsable, incluida la indemnización que proceda.

b) Orden penal

La mayor gravedad de las conductas antisindicales conduce a la tipificación de ciertos delitos contra los derechos de los trabajadores. El ordenamiento penal recoge dos tipos delictivos en los que existe transgresión de la libertad sindical. De un lado, el delito de discriminación laboral que, entre otras causas, realizan «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por… ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores… y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado», conducta sancionada «con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses» (art. 314 CP). Aunque el sujeto activo del delito se configura de modo muy amplio, no sucede lo mismo con las causas que integran el contenido de la acción punible, ya que la mayor parte de los derechos de libertad sindical, individual y colectiva, queda fuera del precepto. De otro, un específico delito que cometen «los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieran o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga» comportamiento delictivo que se castiga «con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses» (art. 315.1 CP).

La legitimación activa en el proceso penal (Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 757 a 768) se atribuye a los sujetos ya indicados en relación con la tutela en el orden social (art. 13 LOLS), configurándose la legitimación pasiva de forma amplia habida cuenta de la delimitación de los sujetos pasivos en los mencionados delitos. Posee también legitimación activa el Ministerio Fiscal, a efectos de depurar eventuales conductas delictivas, como consecuencia de la remisión a éste por el órgano judicial competente de las actuaciones llevadas a cabo en la jurisdicción social o contencioso-administrativa (art. 15 LOLS).

c) Jurisdicción constitucional

Agotadas las anteriores vías de tutela, los sujetos legitimados pueden acudir a la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE). Posibilidad que no sólo es utilizable cuando la lesión de la libertad proceda de los poderes públicos, sino también en el supuesto en que la resolución firme del órgano judicial no haya reparado dicha lesión, al margen, en este caso, de que la misma se haya producido por un poder público o por un particular (arts. 41 a 44 Ley 2/1979 y STC 38/1981). No obstante, debe tenerse en cuenta que «el recurso de amparo no posee una función preventiva o cautelar y, por tanto, únicamente es admisible ante la existencia real y concreta, efectiva y cierta de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, pero resulta radicalmente improcedente ante lesiones meramente temidas, potenciales o futuras» (SSTC 37/1989 y 168/1996). El amparo que brinda la sentencia que lo otorgue contiene pronunciamientos semejantes a los indicados para la tutela en el orden social, salvo la tutela resarcitoria que debe sustanciarse por el órgano judicial competente (arts. 55.1 y 58 Ley 2/1979).

B) Tutela administrativa

La tutela administrativa supone la imposición de sanciones de esta naturaleza por parte de la autoridad laboral competente, conforme al procedimiento establecido, ante conductas infractoras de los derechos que integran la libertad sindical. El único sujeto activo de las infracciones en esta materia es el empresario en su condición de sujeto del contrato de trabajo, por lo que no están incluidos en esta tutela ni los trabajadores asalariados o autónomos, ni los funcionarios.

Las infracciones en esta materia son de carácter grave o muy grave. Las infracciones graves tipifican comportamientos relativos a la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales; la transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tablones de anuncios y la vulneración de los derechos de las SS en orden a la recaudación de cuotas, distribución y recepción de información sindical (art. 7.7, 8 y 9 LISOS).

Por su parte, las infracciones muy graves se encargar de delimitar conductas relacionadas con las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores, de sus representantes y de las Secciones Sindicales; la actividad sindical de determinados representantes sindicales externos a la empresa; la transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores y la transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos (art. 8.5, 6, 8 y 12 LISOS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Derecho colectivo del trabajo y libertad sindical

Alarcón Caracuel, M. R.: *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, Madrid, 1975.
Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Albacete, 2009.
Führer, I. M.: *Los sindicatos en España. De la lucha de clases a estrategias de cooperación*, Madrid, 1996.
Hueck, A., y Nipperdey, H. C.: *Compendio de Derecho del Trabajo. (Libro III. Primera parte)*, Madrid, 1963.
Marx, K., y Engels, F.: *El sindicalismo* (2 vols.), Barcelona, 1976.
Molero Manglano, C.: *Fundamentos de la relaciones laborales colectivas*, Madrid, 1986.
Rodríguez-Piñero, M.: *La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones*, Murcia, 1961.
— «El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales», en AAVV: *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia, 1978.
Russomano, M. V.: *Principios generales de Derecho Sindical*, Madrid, 1977.
Valdés Dal-Ré, F.: *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid, 1994.
— *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, Madrid, 2006.
Webb, S. y B.: *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, Madrid, 1990.

II. Libertad sindical individual y colectiva

Albiol Montesinos, I.: «Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares», *REDT*, n.º 10/1982.
Alonso Olea, M.: «Libertad sindical y derecho de sindicación», en AAVV: *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia, 1978.
— «Los pactos de seguridad sindical», *RT*, n.º 65/1982.
Cabeza Pereiro, J.: *El descuento de la cuota sindical*, Valencia, 2002.
Carril Vázquez, X. M.: *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacionales*, Granada, 2003.
De la Puebla Pinilla, A.: *La responsabilidad civil del sindicato. Un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical*, Madrid, 2000.
De Soto Rioja, S.: *La libertad sindical negativa*, Madrid, 1998.
Del Rey Guanter, S.: *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, Madrid, 1986.
— «Los derechos colectivos en la Ley de Fuerzas y Cierpos de Seguridad», *RT*, n.º 84/1986.
Escolar Polo, M. R.: «Los pactos de seguridad sindical», *REDT*, n.º 11/1982.
Fernández López, M. F.: *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Madrid, 1982.
Gallardo Moya, R.: *Democracia sindical interna*, Madrid, 1996.
Gallego Morales, A. I.: *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*, Granada, 1997.
García Murcia, J.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», *AL*, n.º 9/2009.
García Piñeiro, N. P.: *Las asociaciones empresariales en el Derecho español*, Madrid, 2005.
Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, 1994.
González Molina, M. D.: *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Valencia, 2000.
Herbón Costas, J. J.: *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Madrid, 2010.
Lahera Forteza, J.: *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, 2000.
Landa Zapiraín, J. P.: *Democracia sindical interna. (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Madrid, 1996.

Martínez Abascal, V. A.: «El ámbito de la libertad sindical colectiva de actuación de los funcionarios estatales de Policía. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/1983, de 10 de octubre)», *JLSS*, n.º 25/1984.
— «Relación de empleo público y libertad sindical», *EP*, n.º 2/1987.
Menéndez Sebastián, P.: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.
Ortega Ávarez, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983.
Palomeque López, M. C.: «El sindicato como sujeto político», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.
— «Sobre la libertad sindical de los empresarios», *DL*, n.º 17/1985.
Rodríguez-Piñero, M.: «La libertad sindical en la Constitución», en AAVV: *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980.
Ron Latas, R. P.: *Los sindicatos horizontales*, Granada, 2003.
Rubio de Medina, M. D.: «Los trabajadores autónomos y su derecho a afiliarse y a constituir organizaciones empresariales, sindicales y profesionales», *RMEYSS*, n.º 96/2012.
Sala Franco, T.: «La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Alarcón Caracuel, M. R. (coord.): *Constitución y Deercho del Trabajo: 1981-1001. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1992.
Sala Franco, T., y Roquera Buj, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995.
Tárraga Poveda, J.: *El sindicato como empleador. Estudio de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, Madrid, 2002.

III. Representatividad sindical y empresarial

Álvarez Cuesta, H.: *La mayor representatividad sindical*, León, 2006.
Casas Baamonde, M. E.: «Democracia, representatividad y afiliación sindicales», en AAVV: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990.
Cruz Villalón, J.: «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y el sistema político español», *RL*, n.º 1/2005.
Escudero Rodríguez, R.: *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid, 1990.
Esteve Segarra, A.: *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Pamplona, 2003.
García Murcia, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid, 1987.
Montalvo Correa, J.: *El concepto de sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*, Madrid, 1980.
Montoya Melgar, A.: «El sindicato más representativo en la LOLS y la Sent. del Trib. Const. 98/1985», *AL*, n.º 10/1986.
Navarro Nieto, F.: *La representatividad sindical*, Madrid, 1993.
Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: *Representatividad sindical en Europea. (Alemania, Italia, Francia y Bélgica)*, Barcelona, 1993.
Valdés Dal-Ré, F.: «Representación y representatividad sindical en España», *RL*, 1988-II.

IV. Tutela de la libertad sindical

AAVV: *La tutela de la libertad sindical. III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Jerez, 1985.
Albiol Montesinos, I.: «Tutela de la libertad sindical», *AL*, n.º 6/1986.

Baylos Grau, A., y Terradillos Basoco, J.: «Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga», *RL*, n.º 1/1986.

Casas Baamonde, M. E.: «Tutela de la afiliación sindical y nulidad formal del despido disciplinario», *RL*, n.º 24/1988.

Castiñeira Fernández, J.: «La tutela de la libertad sindical», en AAVV: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, 1986.

Del Rey Guanter, S.: «La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical», *RL*, n.º 2/1987.

García-Perrote Escarpín, I.: «Autonomía individual «en masa» y antisindicalidad», *RL*, n.º 23/1989.

Martínez Abascal, V.A.: «La tutela de la Llibertad sindical». En *Anuari Sòcio-Laboral de Catalunya 1991*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1991.

Martínez Emperador, R.: «La tutela de la libertad sindical», AL, n.os 3-4/1991.

Potobsky, G. V. : «La protección de los derechos sindicales: veinte años de labor el Comité de Libertad Sindocal», RIT, n.º 1/1972.

Sanguineti Raymon, W.: *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*, Madrid, 1993.

Terradillos Basoco, J.: »Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga», en AAVV: *Comentarios a la legislación*, penal, tomo 5, vol. 2, Madrid, 1985.

Valdeolivas García, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo. (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Madrid, 1994.

CAPÍTULO 16:
PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DE LOS FUNCIONARIOS

I. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO: CLASES Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El principio de participación es inherente a una sociedad democrática, recorriendo todos los ámbitos de la misma. El vigente texto constitucional así lo reconoce, configurándolo como uno de los centros de gravedad del Estado democrático (art. 1.1 CE) y como elemento legitimador de la actuación de los poderes públicos, en cuya virtud se les asigna el deber normativo promocional de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE), lo que incluye, claro está, a los trabajadores. Consecuente con el carácter nuclear de ese principio, en el terreno socioeconómico y como ya se estudio [Capítulo 2, II, 1, C)], de la regulación constitucional se desprende la clasificación básica en esta materia, que permite distinguir entre una participación en la empresa (art. 129.2) y una participación institucional (arts. 129.1 y 131.2 CE).

1. Participación en la empresa

Como también se señaló en su momento [Capítulo 2, II, 1, C)], el artículo 129.2 CE, canaliza la autonomía organizativa en las relaciones laborales mediante el principio de participación de los trabajadores en la empresa, dirigiendo un mandato a los poderes públicos a fin de que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la misma. Tales formas pueden encuadrarse en una participación limitada y en una participación plena.

A) Participación limitada

Comprende distintas formas de condicionamiento del poder decisorio empresarial. De ellas destacan tres.

a) La participación minoritaria en la propiedad de la empresa. En el marco de las sociedades mercantiles, esta forma, que tiene cabida en el artículo 129.2 CE, se concreta por lo común en la adjudicación a los trabajadores de un cierto número de acciones que representan tan sólo una parte reducida del capital social, lo que implica que ni los presupuestos jurídicos del trabajo asalariado se alteran, ni la incidencia de los trabajadores en la gestión de la empresa mediante esta fórmula de «accionariado obrero» o cotitularidad de la empresa es realmente significativa.

Una forma específica que modula este tipo de participación es la relativa a las sociedades laborales. Ésta es una forma de participación en la empresa que viene condicionada por la naturaleza mercantil de dichas sociedades, ya actúen como sociedad anónima, ya como sociedad limitada. De modo que, si bien en las mismas la mayoría de los trabajadores asalariados es propietaria de la empresa, su objeto principal es la obtención de ganancia ilimitada, puesto que a las referidas sociedades se les aplica, en defecto de la LSL, las normas correspondientes a las sociedades anónimas o limitadas, según la forma a la que se hayan acogido (Disp. Final 1.ª LSL).

De la naturaleza mercantil de las sociedades laborales se sigue que, a diferencia de las sociedades cooperativas, la participación en la gestión de la empresa y el consiguiente poder de decisión dependen de la aportación de capital de cada socio trabajador asalariado. Con ello, la participación igualitaria que caracteriza a las sociedades cooperativas desaparece aquí, dándose entrada a un criterio de participación proporcional en función de las aportaciones con las que cada miembro contribuya al capital social.

La propia naturaleza mercantil de las sociedades laborales implica, asimismo, un determinado régimen económico, que se concreta en la percepción de un salario para los socios trabajadores con contrato de trabajo y en la participación en el reparto de beneficios en función de la aportación al capital social para los socios propietarios, según se trate de acciones o de participaciones sociales.

b) La participación en los beneficios. Bajo su forma arquetípica, supone una distribución entre los trabajadores de los beneficios netos obtenidos por la empresa, no en cuanto modalidad de retribución salarial, sino como vía de hacer partícipes a aquéllos del funcionamiento y objetivos de la empresa. Por tanto, mediante este mecanismo el vínculo participativo se establece directamente con el resultado económico que deriva de la actividad empresarial, sin que necesariamente haya de existir al tiempo cotitularidad alguna de la empresa por parte de los trabajadores. Pero, como ya se anotó en su momento, esta forma participativa, que también encuentra hoy fundamento en el artículo 129.2 CE, fue tempranamente desnaturalizada en nuestro ordenamiento (art. 34 LCT 1931 y art. 44 LCT-1944) para configurarla como una técnica retributiva vinculada al salario, que posteriormente las OL, los convenios colectivos y la norma reglamentaria (Decreto 17-8-1973) encuadraron dentro de los complementos salariales de vencimiento periódico superior al mes [Capítulo 11, II, 1, C)].

c) La participación en la gestión. Este tipo de participación supone reducir o compartir el poder de gestión y administración de la empresa. No se presenta de forma homogénea, ya que en su seno conviven dos grados de intervención en ese poder.

La gestión reducida, con un menor grado de participación, implica condicionar los poderes del empresario en la toma de decisiones de forma no vinculante. En ese marco tienen cabida dos sistemas de participación: la participación directa, que se manifiesta en el derecho de reunión, bien en asamblea (art. 129.2 CE), bien en reunión sindical (arts. 7 y 22.1 CE) y la participación indirecta, canalizada mediante el derecho de representación colectiva, ya sea unitaria (art. 129.2 CE), ya sea sindical (arts. 7 y 28.1 CE).

La gestión compartida, que se concreta en la cogestión, inexistente en nuestro ordenamiento pero con distintas formas organizativas en aquellos en que ha sido instaurada.

Por otra parte, no debe considerarse como forma de participación en la gestión la equívocamente denominada participación negocial colectiva. Ésta viene referida a la negociación colectiva, modalidad de transacción laboral de orden colectivo que, por su propia naturaleza y catalogación legal, no supone el ejercicio de derechos, facultades o competencias de gestión de la empresa, sino la más genérica obligación de negociar de buena fe y, en algunos casos, de negociar ciertas materias (por ejemplo, planes de igualdad en determinadas empresas), sin que exista a este respecto, ni pueda existir en un sistema de libertad sindical, obligación alguna de convenir, esto es, de alcanzar un acuerdo. Ello sin perjuicio de que en los instrumentos negociales colectivos puedan incluirse cláusulas que desarrollen o mejoren derechos, facultades o competencias de gestión de la empresa por los trabajadores o sus representantes.

B) Participación plena

Agrupa los distintos dispositivos de autogestión laboral, de modo que aquel poder decisorio lo asumen los trabajadores y sus representantes. La textura abierta del artículo 129.2 CE, al señalar que «Los poderes públicos promoverán eficazmente las distintas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas», no establece ningún límite específico en cuanto a la forma y la intensidad que puede alcanzar dicha participación, salvo la expresa y significativa mención a las sociedades cooperativas, que, precisamente, configuran el paradigma de autogestión laboral. Consecuente con ese fundamento normativo constitucional, el ordenamiento laboral regula distintos tipos de sociedades cooperativas en cuanto formas de encauzar la autogestión de la empresa como expresión máxima de la aplicación de los principios democráticos que rigen esta institución. La autogestión mediante las sociedades cooperativas implica la mayor intensidad participativa posible de los trabajadores en la empresa, ya que éstos ostentan la titularidad de la misma y la gestionan de forma democrática, llevando al cenit de su intensidad la exigencia legal de que la estructura y funcionamiento de aquéllas sean democráticos (art. 1.1 LC e infra V).

2. Participación institucional

A diferencia de la denominada democracia industrial, que se desenvuelve en el ámbito empresarial, ya se trate del empleador privado o público, la democracia económica tiene un ámbito aplicativo centrado en el sector público, de aquí que suela utilizarse a este propósito la expresión de participación institucional. En el terreno sociolaboral, esta participación, que conecta con el artículo 129.1 CE, comporta el establecimiento de ciertos mecanismos de intervención de los representantes de los trabajadores en las decisiones a adoptar por determinados organismos o poderes públicos que tienen atribuidas competencias en materias socioeconómicas y laborales. Tal participación institucional puede tener un carácter estructural a través de los entes u organismos públicos en que se halla establecida (por ejemplo, en el Consejo Económico y Social del Estado o en los organismos de este carácter constituidos por las CCAA en uso de sus competencias de autoorganización: art. 131.2 CE), o bien puede revestir un carácter coyuntural mediante la concertación social entre aquellos representantes y, en su caso, las asociaciones empresariales, y los poderes ejecutivos, tanto del Gobierno central como de los Gobiernos autonómicos (por ejemplo, el ASEEP suscrito el 2-2-2011 por el Gobierno central, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las confederaciones sindicales CCOO y UGT).

La intervención en aquellos organismos de dichos representantes mediante la participación estructural responde con mayor cercanía, en su actual regulación, a la idea de participación que la instrumentada en el ámbito empresarial. En primer lugar, porque dichos representantes ostentan una representación sindical que, como ya se sabe, canaliza, en los correspondientes ámbitos territoriales, los intereses económicos y sociales del conjunto de los trabajadores, evidenciando así el carácter de sujeto sociopolítico del sindicato, consustancial al sistema democrático (art. 7 CE). En segundo término, en razón de que la representación sindical forma parte de los mencionados organismos, integrándose en la composición de sus órganos consultivos o ejecutivos, de modo que interviene directamente, y en la medida de su representatividad, en la adopción de los correspondientes acuerdos. Y, en tercer lugar, porque esta participación institucional representativa no supone renuncia al ejercicio de los derechos conflictuales que el sindicato tiene legalmente reconocidos, sino su adecuada ubicación en los procesos de participación socioeconómica y laboral en cuanto términos de la relación dialéctica entre negociación y conflicto, que no se excluyen entre sí y cuya prevalencia práctica corresponde determinar a las organizaciones sindicales en el marco del ordenamiento democrático y en función de los intereses en liza en cada momento.

II. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. CLASES Y RÉGIMEN JURÍDICO

Como se señaló, dentro de la participación limitada la participación indirecta en la gestión de la empresa se disocia en nuestro ordenamiento en un doble canal representativo: la representación colectiva unitaria (art. 129.2 CE) y la representación sindical (arts. 7 y 28.1 CE). La primera constituye la representación del conjunto de los trabajadores del centro de trabajo al margen de su afiliación sindical. La segunda reúne únicamente a los trabajadores de la empresa o centro de trabajo afiliados al sindicato al que pertenezca la correspondiente Sección Sindical.

En aplicación de esos fundamentos constitucionales, se reconoce, por un lado, la participación en la empresa como un derecho subjetivo de los trabajadores [art. 4.1.g) ET], que luego es desarrollado en el Título II del ET al regular los derechos de representación colectiva unitaria (Comités de Empresa y Delegados de Personal). Por otro lado, se reconocen asimismo ciertos derechos de participación colectiva por la vía de la representación sindical a los Delegados Sindicales (art. 10.3 LOLS). Dos razones contribuyen a explicar la preferencia legal por este tipo de participación representativa en la gestión de la empresa. Primero, porque se trata de regular la intervención de los trabajadores en el tipo de empresa mayoritaria del sistema económico, esto es, en la empresa capitalista. Y, segundo, toda vez que dicha intervención tiene carácter limitado, ciñéndose a la participación en la gestión de la empresa y siendo por tanto compatible con la pervivencia de dicho sistema. Conviene advertir, asimismo, que si bien las Secciones Sindicales carecen de derechos de participación en la gestión, ello no impide que desarrollen la representación colectiva del sindicato en la empresa mediante la atribución de ciertos derechos (art. 8 LOLS).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la participación en la gestión de la empresa mediante aquel doble canal representativo presenta en nuestro ordenamiento distinta intensidad o grados de participación, que se concretan, en términos generales, en el reconocimiento de derechos de información y consulta.

1. Representación unitaria

A) Estructura orgánica

a) Delegados de Personal y Comités de Empresa

Los Delegados de Personal, son los órganos unipersonales de representación unitaria en las empresas de menor volumen de plantilla. A estos órganos corresponde la representación en los centros de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores. Dentro de estos límites, el número de Delegados depende del volumen de la plantilla: hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres. Pueden también constituirse cuando el centro de trabajo tenga entre seis y diez trabajadores, si éstos así lo deciden por mayoría (art. 62.1 ET).

De otro, los Comités de Empresa, que actúan como órganos colegiados en la empresas que ocupen a más de cincuenta trabajadores. En el marco de esa horquilla, el número de miembros del Comité se distribuye según una escala que parte de cinco representantes para centros de cincuenta a cien trabajadores y llega hasta veintiún representantes para centros de setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores. Los centros de trabajo que superen los mil trabajadores cuentan con dos representantes más por cada mil trabajadores o fracción, con un máximo de setenta y cinco representantes (arts. 63.1 y 66.1 ET).

Este número de representantes electos puede variar por distintas causas: la disminución significativa de la plantilla, en cuyo caso mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores pueda disponerse lo necesario para acomodar la representación unitaria a tales disminuciones (art. 67.1 ET); el aumento de la plantilla por cualquier causa, previéndose

en tal caso la promoción de elección parcial (art. 13.1 RDER); o la extinción de los mandatos de los representantes en los casos de transmisión de empresa o de centros de trabajo (art. 44.5 ET).

El carácter unitario de la representación colectiva comporta que su ejercicio alcance a la totalidad de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo, lo que incluye a los trabajadores fijos discontinuos y a los vinculados por contratos de trabajo de duración determinada. Para estos últimos se establece una regla específica de cómputo cuando la duración de su contrato sea hasta un año, en cuyo caso se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección (todos los días trabajados por el conjunto de estos contratos temporales) y teniendo en cuenta que cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más [art. 72.1 y 2.b) ET].

b) Supuestos especiales

El nexo entre la representación unitaria y el centro de trabajo se exceptúa en dos supuestos especiales, referidos al Comité de Empresa Conjunto (art. 63.2 ET) y al Comité Intercentros (art. 63.3 ET).

Atendiendo a la cercanía geográfica de los centros de trabajo, la norma impone, en primer lugar, la constitución de un Comité de Empresa Conjunto cuando la empresa tenga en la misma provincia o en municipios limítrofes dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto los sumen (art. 63.2 ET). Esta disposición no se extiende a los Delegados de Personal, al tratarse de un mandato que exceptúa la regla general referida al Comité de Empresa (SSTS 31-1-2001 y 19-3-2001). En el supuesto de que algunos de dichos centros de trabajo alcancen los cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no lleguen a esta cifra, en los primeros se constituirán Comités de Empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro (art. 63.2 ET), es decir, un Comité de Empresa Conjunto.

El segundo supuesto contempla la existencia de varios Comités de Empresa en distintos centros de trabajo y la constitución de un Comité Intercentros únicamente cuando así se haya pactado en convenio colectivo (art. 63.3 ET). Este Comité dispone de una representación global de todos los Comités de Empresa, pero no sustituye la de éstos sino que se añade a las mismas. El número máximo de sus miembros será de trece, que deben ser designados de entre los componentes de los distintos comités de centro. En su constitución debe guardarse la proporcionalidad de los resultados electorales a los órganos de representación unitaria considerados globalmente, lo que significa que, pese a la incorrecta formulación de la norma («se guardará la proporcionalidad de los sindicatos»), se han de tener en cuenta todas las listas o candidaturas, sindicales o no (SSTS 10-12-1993 y 3-10-2001). La distribución del número de puestos en el Comité Intercentros debe realizarse sobre la base del número de representantes obtenido por cada candidatura y no por el número de votos (STS 9-7-1993). Las funciones que puede ejercer son las que le atribuya el convenio colectivo que acuerde su creación, si bien el silencio del convenio no puede privar a este órgano de la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa, salvo que el convenio que lo cree le hubiera privado de ello (STS 18-1-1993 y 25-7-2000), puesto que los Comités de Empresa del ámbito en el que actúa el Comité Intercentros ejercen sus funciones en ámbitos más reducidos de la empresa.

B) Funcionamiento

La ley establece algunas reglas mínimas a fin de regular el funcionamiento de los órganos de representación unitaria.

En lo tocante al Comité de Empresa, éste debe elegir de entre sus miembros un presidente y un secretario (art. 66.2 ET). El Presidente actúa tanto en condición de órgano de relación externa del Comité como en calidad de órgano interno que somete a la consideración del mismo todos los asuntos que sean competencia del órgano colegiado (SSTS 25-1-1990 y 23-5-1990). El Comité ha de elaborar la norma reglamentaria que rija su procedimiento de actuación, que, como es obvio aunque la ley no lo dijera, no

puede contravenir lo dispuesto en la misma. Copia del reglamento ha de remitirse a la autoridad laboral, a efectos de registro (no por tanto de control), así como a la empresa, que carece asimismo de facultad alguna para ejercer control de legalidad. Regla de actuación mínima que el reglamento ha de respetar es la que dispone la obligada reunión de estos órganos colegiados cada dos meses o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados (art. 66.2 ET).

Se exige el acuerdo mayoritario de sus miembros cuando el Comité ejerza acciones administrativas y judiciales en relación con sus competencias (art. 65.1 ET). Exigencia que puede extenderse a los restantes acuerdos de dicho órgano, pero que la ley no exige para los restantes con carácter general, por lo que cabe que el citado reglamento establezca otras mayorías para esos otros acuerdos, como así sucede en algún supuesto legal [declaración de huelga por decisión mayoritaria del Comité de Empresa, pero no referida a la mayoría absoluta de sus miembros, dado que no se ajusta a la CE la exigencia de que a la reunión tenga que asistir el 75 por 100 de los representantes: art. 3.2.a) DLRT y STC 11/1981].

La representación de los Delegados de Personal ante el empresario debe ejercerse mancomunadamente (art. 62.2 ET) cuando su número sea de tres. Ejercicio mancomunado que debe entenderse como actuación conjunta, aunque para la adopción de acuerdos baste la mayoría (SSTSJ Madrid 24-2-1994 y 8-2-1996). La ley no lo exige, pero nada impide que los Delegados puedan adoptar reglas internas de funcionamiento.

C) *Régimen jurídico para la elección de los representantes*

La elección de los representantes unitarios se sujeta por la ley a una detallada regulación que expresa la importancia concedida por la norma a esta clase de representación en la empresa, por afectar dicha elección a todos los trabajadores de los centros de trabajo y por utilizarse la misma como referencia o módulo de cómputo de la mayor y suficiente representatividad sindical [Capítulo 15, V, 1, B)]. Es técnicamente incorrecto calificar esta elección como sindical, ya que no sólo los sindicatos están facultados para presentar candidaturas. Pero es cierto que, junto a ese elemento de cómputo, los sindicatos desempeñan un papel relevante en la elección (promoción de la elección y presentación de candidaturas), considerando, además, el elevado porcentaje de miembros de estos órganos que son elegidos en candidaturas sindicales.

En el régimen jurídico para la elección de estos representantes, deben tenerse en cuenta determinadas reglas principales.

a) Promoción de elecciones

Están legitimados para promover elecciones a órganos de representación unitaria, las organizaciones sindicales más representativas (de ámbito estatal o autonómico), las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa (sindicatos con suficiente representatividad) o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario adoptado en asamblea conforme a los artículos 77 y siguientes del ET. La promoción debe acreditarse mediante acta de la reunión en la que conste la plantilla del centro de trabajo, el número de convocados, el número de asistentes y el resultado de la votación (arts. 67.1 ET y 2.2 RDER).

Los promotores deben comunicar a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones, en un plazo mínimo de un mes de antelación al inicio del proceso electoral (que puede ser reducido por el Gobierno para determinados sectores de la actividad) y en modelo oficial. Dicha comunicación ha de identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de éste, que será el de constitución de la mesa electoral y que, en todo caso, no podrá comenzar antes de un mes ni más tarde de tres meses a partir de la fecha de registro de la comunicación en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral (arts. 67.1 ET y 2.1 RDER).

Si existen varios sujetos legitimados que concurran a la promoción de elecciones en una empresa o centro de trabajo y cumplan los requisitos establecidos, la norma prevé ciertos criterios de prioridad. Prevalece en primer término la convocatoria electoral presentada por la mayoría sindical de la empresa o centro de trabajo (que puede estar formada por uno o varios sindicatos) con Comité de Empresa, aunque existan otras presentadas con anterioridad que no dispongan de esa mayoría. Si dicha convocatoria no se presenta, se considera válida, a efectos de inicio del proceso electoral, la primera convocatoria registrada.

Junto a la promoción de elecciones en la empresa, o parciales en centro o centros de trabajo, se permite también la promoción generalizada de elecciones en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales, siempre que exista previo acuerdo al respecto por parte de los sindicatos más representativos y de los sindicatos con representatividad suficiente (art. 67.1 ET).

b) Procedimiento electoral

a') Electores y elegibles

Los trabajadores que ostentan la titularidad del derecho de sufragio activo son todos los de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad mínima en la misma de un mes (art. 69.2 ET). La edad exigida es la misma que precisa el trabajador para concertar válidamente un contrato de trabajo [art. 7.1.b) ET]. La antigüedad pretende asegurar que los trabajadores tengan un conocimiento al menos básico de los candidatos.

La titularidad del derecho al sufragio pasivo se reconoce a los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad mínima en la empresa de seis meses (art. 69.2 ET). Las mayores exigencias de los requisitos para los candidatos se explica por razones de superior madurez y de conocimiento más acentuado de la empresa. Existe la posibilidad de pactar en convenio colectivo un plazo inferior de antigüedad, con el límite mínimo de tres meses, en actividades que lo aconsejen debido a la movilidad de personal (art. 69.2 ET), que está referida aquí a una menor permanencia de los trabajadores en la empresa.

Los trabajadores extranjeros que reúnan los mencionados requisitos pueden ser electores y elegibles (art. 69.2 ET), de modo que la irregularidad en su contratación laboral no debe afectar a esa doble condición (art. 36.5 LOEX).

b') Presentación de candidaturas

La posibilidad de presentar candidaturas se reconoce a distintos sujetos (art. 69.3 ET):

- A los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos. Recuérdese que, dentro de la libertad sindical colectiva, todo sindicato constituido con arreglo a la ley está legitimado para esta promoción [art. 2.2.d) LOLS].
- A las coaliciones formadas por dos o más sindicatos, que deben presentarse bajo una denominación concreta que permita su identificación.
- A los trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir.

Ha de tenerse en cuenta la doctrina constitucional negadora de que el rechazo de una candidatura viciada por falta de legitimación pueda considerarse restricción injustificada del derecho a la libertad sindical (STC 18/2001).

c') Colegios y mesas electorales

La elección se desarrolla sobre la base material de los colegios y las mesas electorales. El censo electoral o conjunto de trabajadores con derecho a sufragio activo, se divide en dos colegios, de un lado, el de técnicos

y administrativos y, de otro, el de trabajadores especialistas y no cualificados. Es posible añadir un tercer colegio mediante convenio colectivo que se adapte a la composición profesional del sector de la actividad productiva o de la empresa (art. 71.1 ET). Esta distribución pretende recoger la realidad sociológica que muestra la existencia de intereses diferenciados entre los distintos estratos de la clase trabajadora, aunque no debe olvidarse que los órganos objeto de elección son portadores de una representación unitaria o conjunta del personal.

La regulación de las mesas electorales exige la constitución de una mesa por cada colegio de doscientos cincuenta trabajadores electores o fracción (art. 73.1 ET), integrada por el presidente, que será el trabajador más antiguo en la empresa, y dos vocales, que serán los electores de mayor y menor edad, actuando este último de secretario (art. 73.3 ET). El buen funcionamiento y pulcritud democrática del proceso electoral está en manos de cada mesa, como lo evidencia las funciones principales que tiene encomendadas, en concreto vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente (art. 73.2 ET). No menos relevante es cometido de solicitar al empresario el censo laboral y elaborar la lista de electores cuando se trate de la elección del Comité de Empresa (art. 74.3).

d') Votación y atribución de puestos

El acto de votación presenta diferencias de procedimiento según el órgano que deba elegirse, que, a su vez, repercuten en el sistema de atribución de puestos. Cuando se trata de la elección de Delegados de Personal, cada elector podrá dar su voto a un número máximo de aspirantes equivalentes al de puestos a cubrir entre los candidatos proclamados (art. 70 ET). A este respecto, debe establecerse una lista única de candidatos (abierta) ordenada alfabéticamente con expresión de las siglas del sindicato, coalición electoral o grupo de trabajadores que los presenten (art. 9.1 RDER). Quienes obtengan el mayor número de votos resultarán elegidos y en caso de empate lo será el trabajador más antiguo en la empresa (art. 70 ET).

En las elecciones a miembros del Comité de Empresa, cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas y correspondiente a su colegio. Se trata por tanto de listas cerradas, que deben contener, al menos, tantos nombres como puestos a cubrir y en cada una de las que deben figurar las siglas del sindicato, coalición electoral o grupo de trabajadores que la presenten [art. 71.2.a) ET]. Los puestos se atribuyen conforme a un sistema proporcional, asignando a cada lista el número de puestos que corresponda según el cociente que resulta de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir. Si quedan puesto o puestos sin cubrir han de atribuirse a la lista o lista que tengan un mayor resto de votos [art. 72.1.b) ET]. En cada lista resultarán elegidos los candidatos con arreglo al orden en que figuran en la candidatura [art. 72.1.c) ET]. La proporcionalidad se modula parcialmente al excluir el derecho a atribución de representantes a las listas que no obtengan como mínimo el 5 por 100 de los votos por cada colegio [art. 71.2.b) ET].

Para ambos órganos de representación, el voto ha de ser personal, directo, libre y secreto, pudiendo emitirse también por correo conforme a la regulación reglamentaria (arts. 69.1 ET y 10 RDER). El resultado del escrutinio en cada mesa ha de reflejarse en un acta específica y, posteriormente, en un acta que recoja el resultado global de la votación en las mesas electorales en el supuesto de que existan varias (art. 75.4 ET). Del acta se remite copia al empresario, a los interventores de las candidaturas y a los representantes electos, así como el original de la misma a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, quien la publicará en el inmediato día hábil siguiente en los tablones de anuncios, procediendo o no a su registro en los diez días hábiles siguientes a su publicación (art. 75.6 ET). La denegación del registro sólo es posible por los motivos establecidos en el artículo 75.7 ET (por ejemplo, que no se hayan extendido en el modelo oficial o que falte la firma del Presidente de la mesa electoral).

e') Reclamaciones

Con la finalidad primordial de agilizar la solución de las discrepancias derivadas del proceso de elección, la LRET procedió a desjudicializar las reclamaciones que pudieran plantearse en esta «materia electoral», encauzándolas a través del procedimiento arbitral que a tal efecto establece el artículo 76 ET. Al margen del mismo sólo queda la impugnación de las resoluciones denegatorias de la inscripción del registro administrativo de las actas de las elecciones, que puede plantearse de forma directa ante la jurisdicción social [arts. 76.1 y 133 a 136 LJS; Capítulo 26, III, 2, B)].

Poseen legitimación para impugnar las actuaciones de la mesa electoral todos los que tengan interés legítimo, incluida la empresa siempre que tal interés concurra en ella. Son tasadas las razones que pueden sustentar la impugnación mediante el procedimiento arbitral: la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado, la falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta y el número de representantes elegidos (art. 76.2 ET).

La designación del árbitro o árbitros, ajustada a los principios de neutralidad y profesionalidad, debe realizarse por acuerdo unánime de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal o autonómico, según proceda, así como de los sindicatos que hayan obtenido como mínimo el 10 por 100 de los Delegados de Personal y de los miembros de los Comités de Empresa en el correspondiente ámbito provincial, funcional o de empresa. El mandato de los árbitros tiene una duración de cinco años y es susceptible de renovación (art. 76.3 ET). El laudo arbitral que debe dictarse tras un procedimiento sumario, con comparencia de las partes interesadas y práctica de las pruebas procedentes, puede impugnarse ante la jurisdicción social mediante la correspondiente modalidad procesal [arts. 76.6 ET y 127-132 LJS; y Capítulo 26, III, 2, B)].

D) Mandato

La duración del mandato de los representantes se ciñe a un período de cuatro años (art. 67.3 ET). No obstante, con la finalidad de evitar vacíos de representación y como solución transitoria (STC 57/1989 y STS 9-3-1994), a la terminación de dicho período aquéllos deben mantenerse «en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones» (art. 67.3 ET). Pero el mandato del representante puede quedar sin sostén material por la existencia de vacante, pudiendo producirse ésta «por cualquier causa» (art. 67.4 ET). Dentro de esta genérica causalidad, la ley se refiere a las «sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones» del mandato (art. 67.5 ET), con evidente confusión ya que las tres primeras causas no son sino manifestaciones específicas de la última.

De la multiplicidad de causas extintivas del mandato que pueden producirse (por ejemplo, dimisión o jubilación del trabajador), la norma se ocupa específicamente de regular la revocación del mandato (art. 67.3 ET). A este respecto, se establecen ciertos requisitos y limitaciones. En primer lugar, la revocación sólo puede llevarse a cabo por los trabajadores que hayan elegido al representante mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de sus electores y en virtud de decisión adoptada por la mayoría absoluta de aquéllos mediante sufragio personal, libre, directo y secreto, pudiéndose entender, con la doctrina judicial mayoritaria, que dichos electores son los del correspondiente colegio electoral (SSTSJ País Vasco 22-3-1994, Comunidad Valenciana 1-7-2004 y Madrid 3-7-2006). En segundo término, la revocación se condiciona doblemente. De un lado, impidiendo que pueda efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo como garantía del manteniendo de las funciones representativas en el ejercicio de un derecho, el de negociación colectiva, de singular relieve e incidencia en el ordinario desarrollo de las relaciones laborales. De otro, vedando que la revocación pueda replantearse (sino se ha conseguido aprobar la anterior por la asamblea) hasta que no haya transcurrido un mínimo de seis meses.

Cualquiera que sea la causa de su producción, la cobertura de la vacante sigue un doble cauce. De modo prioritario, se establece un automatismo a estos efectos según la clase de representante unitario de que se trate. Si la vacante se produce en el Comité de Empresa, la misma se ha de cubrir automáticamente «por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido». Cuando la vacante afecte a un Delegado de Personal, en consonancia con el sistema de votación y atribución de puestos, la vacante «se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos» (art. 67.4 ET). Si mediante este procedimiento no pudiera cubrirse la vacante, subsidiariamente podrán promoverse elecciones parciales a estos efectos (art. 1.2 RDER). Para ambas vías de cobertura las funciones del representante sustituto sólo se desempeñan por el tiempo que reste del mandato (arts. 67.4 y 1.2 RDER), sin que por tanto rija aquí la duración general del mismo de cuatro años.

E) Derechos y competencias

La identificación y regulación de los distintos derechos y competencias atribuidos a los representantes unitarios se encuentran diseminadas en distintas normas laborales. A esta dispersión se une la inexistencia de un criterio legal clasificatorio que atienda a la participación en la gestión de la empresa, pues ni siquiera todos los derechos y competencias que contempla el artículo 64 ET pueden encuadrarse dentro de ese criterio como haría suponer su emplazamiento en la norma estatutaria (Título II, Capítulo I ET, destinado al derecho de representación colectiva unitaria). A efectos conceptuales, es conveniente por tanto trazar una clasificación de tales derechos y competencias sobre la base de dos criterios combinados: la participación o no en la gestión y el carácter material o instrumental de la misma. En cada uno de los grupos derivados de esta clasificación procede ordenar los derechos y competencias atendiendo a su finalidad, a su emplazamiento sistemático o extrasistemático cuando proceda (según se ubiquen o no en el art. 64 ET) y a las materias sobre las que se ejercen.

a) De participación material en la gestión

En un sentido amplio, y como ya se adelantó, puede entenderse que la participación en la gestión de la empresa incluye derechos de información y consulta, así como competencias relativas a dicha participación.

El artículo 64 ET, modificado en virtud de la transposición al ordenamiento laboral de la Directiva 2002/14, introduce dos novedades a este respecto. Por un lado, una regla general de reconocimiento al Comité de Empresa —extensiva a los Delegados de Personal— «del derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que pueden afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma», en los términos previstos en dicho precepto (art. 64.1 ET). Por otro lado, varias reglas en las que se especifican por el propio precepto los derechos de información y consulta que se reconocen a aquellos representantes. Estas reglas específicas están recogidas, en parte, en el artículo 64, apartados 2, 3, 4 y 5 ET, pero existen otras reguladas al margen de la norma estatutaria, no sólo en disposiciones legales, sino en convenios colectivos. Estos últimos cuentan con habilitación expresa de la ley para establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en el citado precepto y apartados, así como al nivel de representación más adecuada para ejercerlos (art. 64.9 ET).

A la enumeración que de tales derechos realiza el artículo 64 ET precede la noción legal de los supuestos de hecho genéricos sobre los que aquéllos se ejercen. Conforme a la misma, por información se entiende «la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen», en tanto el entendimiento de la consulta se identifica con «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el

comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo» (art. 64.1 ET). Del significado legal de la consulta se infiere que ésta no precisa, por sí misma, la transmisión de datos. Sin embargo, el vínculo entre información y consulta es imprescindible en muchos casos, toda vez que el desarrollo de la segunda resulta inviable sin la previa disposición y evaluación de los datos que mediante la primera se facilitan.

Reclama la norma que empresario y Comité de Empresa, en la definición y aplicación de los procedimientos de información y consulta, actúen «con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores» (art. 64.1 ET). Se trata de una cooperación necesaria pero alejada de las pautas de solidaridad propias de las relaciones sociales basadas en el valor de la igualdad, lo que no es el caso, ni económica ni jurídicamente, de la asimétrica relación contractual de trabajo.

a') Derechos de información

a'') Sistemáticos. Comprenden los siguientes derechos (art. 64 ET):

1) Con periodicidad trimestral, a ser informados:

- Sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa.
- Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.
- Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.
- De las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

2) Con periodicidad mínima anual:

A recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

3) Con la periodicidad que en cada caso proceda:

- A conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y los demás documentos que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a éstos.
- A conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.
- A ser informados de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.
- A recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar.

La enumeración de los anteriores derechos se acompaña de un deber empresarial que pretende garantizar el correcto ejercicio por los representantes de sus derechos de consulta. Conforme al mismo, el empresario, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso por el artículo 64 ET, debe facilitar la información a los representantes «en un momento, de una manera y con un contenido apropiados,

que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe» (art. 64.6 ET).

b”) Extrasistemáticos. Al margen del artículo 64 ET, se reconocen derechos sobre distintas materias, entre otros:

- A ser informados por el empresario con carácter previo a la elección por éste de la modalidad de pago del salario, así como del pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 29.4 ET).
- A ser informados, mediante comunicación del empresario, de la decisión de éste y sus razones, en materia de movilidad funcional, ascendente o descendente, para realizar funciones no correspondientes al grupo profesional (art. 39.2 ET conforme a la LEMURMEL).
- A ser informados del cambio de titularidad de la empresa por actos inter vivos (art. 44.1 ET).
- A ser informados sobre la venta de bienes de la empresa, excepto de los que constituyan el tráfico normal de la misma, en el supuesto de despido colectivo que afecte a más del 50 por 100 de los trabajadores (art. 51.3 ET).
- A ser informados por la empresa usuaria sobre cada contrato de puesta a disposición y del motivo de su utilización, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se haya celebrado (art. 9 LETT).
- A ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, debiendo recibir a este efecto copia de los correspondientes resúmenes [Disp. Adic. 3.ªb) RDJE].

b’) Derechos de consulta

En su configuración legal, los derechos de consulta regulados en el artículo 64 ET se vinculan con un previo derecho de información y un posterior derecho a emitir informe que suele ser, en realidad, la consecuencia formal de la consulta realizada.

a”) Sistemáticos. Incluyen los siguientes derechos:

- A ser informados y consultados sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.
- A ser informados y consultados sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrán derecho a ser informados y consultados sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.
- A emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla (derecho adicional a la apertura de los períodos de consulta establecidos al efecto); las reducciones de jornada; el traslado total o parcial de las instalaciones (derecho adicional a la apertura del período de consulta establecido al efecto); los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo; los planes de formación profesional en la empresa; la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

La realización práctica de estos derechos de consulta puede quedar desvirtuada teniendo en cuenta que ésta no exige en sí misma la transmisión concreta de datos, como sucede con la información. Para evitar esa desviación y el consiguiente vaciamiento de tales derechos, se establece el deber empresarial de

realizar la consulta «en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo» sobre determinadas las cuestiones y «sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones». En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio de los representantes «pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones» (art. 64.6 ET). El mencionado deber es exigible «salvo que expresamente esté establecida otra cosa», excepción que debe entenderse referida a los acuerdos que empresario y representantes puedan alcanzar a este respecto en el marco de la negociación colectiva. En todo caso, los informes a emitir por los representantes unitarios deben elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que se hayan solicitado y remitido las informaciones que correspondan (art. 64.6 ET).

b") Extrasistemáticos. Con menor frecuencia que en el caso de los derechos de información, al margen del artículo 64 ET se reconocen otros derechos de consulta:

- A emitir informe previo a la reclamación del trabajador ante jurisdicción social sobre clasificación profesional en el supuesto de desempeño de funciones superiores (arts. 39.4 ET y 137.1 LJS).
- A ser oídos en los expedientes disciplinarios incoados por faltas graves o muy graves a los miembros de los órganos de representación unitaria [art. 68.a) ET], lo que, al tiempo, constituye una garantía en el desempeño de sus funciones [infra 1, F)].
- A ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral [Disp. Adic. 3.ªa) RD 1.561/1995].

c') Competencia en la gestión de obras sociales

Se circunscribe únicamente a la participación, conforme se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares [art. 64.7.b) ET].

b) De participación material no incluida en la gestión

a') De vigilancia y control

a") Sistemáticas. Se trata de competencias que permiten ejercer una labor:

- De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.
- De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 ET. Como derivación de esta competencia, este precepto atribuye una doble facultad a los representantes unitarios de los trabajadores en el centro de trabajo, en defecto de los órganos de representación especializada en la materia. De una parte con la finalidad de que, si aprecian una probabilidad seria y grave de accidente por incumplimiento de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo, puedan requerir al empresario por escrito con objeto de que adopte las medidas oportunas que eliminen el riesgo. De otra, si el riesgo de accidente fuera inminente, a fin de que puedan paralizar las actividades por acuerdo del 75 por 100 de dichos representantes en

empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellas cuyo proceso sea continuo.

- De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

b") Extrasistemáticas. Al margen de las contempladas en el artículo 64 ET, la propia norma estatutaria contempla dos supuestos de competencias de vigilancia y control por parte de los representantes:

- La asistencia de un representante legal de los trabajadores cuando se realicen registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, en el centro de trabajo y en horario laboral, siempre que los mismos sean necesarios para proteger el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa. En ausencia del representante legal, la asistencia la realizara otro trabajador de la empresa siempre que ello sea posible (art. 18 ET).
- La presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito cuando se extinga su contrato de trabajo (art. 49.2 ET).

b') De colaboración

Tan sólo con emplazamiento sistemático se contemplan las siguientes competencias [art. 64.7.c) y d) ET].

- Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos. El requisito de pacto previo para el ejercicio de esta competencia es razonable, dado que se trata de una materia de interés para ambas partes del contrato de trabajo y cuya eficacia se reduce notablemente si las medidas se imponen unilateralmente por el empresario.
- Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación (se refiere a la conciliación laboral, personal y familiar).

c') De negociación colectiva

Con carácter general, los representantes unitarios están legitimados para la negociación de convenios colectivos estatutarios de empresa o de ámbito inferior (art. 87.1 ET). De modo específico, la normativa laboral acoge un abanico de supuestos en los que dichos representantes también ostentan legitimación negocial. Se trata de supuestos de acuerdos de empresa subsidiarios, que pueden celebrarse en defecto de convenio colectivo y cuya incidencia material es variada. A esta lógica obedecen, por ejemplo, los acuerdos sobre el sistema de clasificación profesional (art. 22.1 ET), el sistema de ascensos (art. 24.1 ET) o sobre la acomodación del número de representantes unitarios en la empresa a las disminuciones significativas de su plantilla (art. 67.1 ET).

d') De conflicto colectivo

La materia conflictual colectiva no es ajena tampoco al ámbito de actuación de los representantes unitarios. A este respecto se les atribuye la facultad de acordar la declaración de huelga [art. 3.2.a) DLRT], así como la de instar la incoación del procedimiento administrativo de conflictos colectivos [art. 18.1.a) DLRT].

c) De participación instrumental

a') De orden interno

Posibilitan el debido conocimiento por parte de los trabajadores representados del ejercicio de los derechos y competencias de los representantes. Se ciñe la competencia a la información a dichos trabajadores «en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo» (se refiere al art. 64 ET) en cuanto puedan repercutir de forma directa o indirecta en las relaciones laborales [art. 64.7.e) ET]. De las cuestiones relativas a las competencias extrasistemáticas, y, aunque la ley guarde silencio, también pueden informar a los trabajadores los representantes unitarios, pues no existe ninguna prohibición expresa al respecto, salvo la que eventualmente pueda derivarse del deber de sigilo.

b') De orden externo

Se concreta en el reconocimiento a los representantes unitarios de la capacidad jurídica y de obrar para ejercer acciones administrativas y judiciales en lo que concierne al ámbito de sus competencias y por decisión mayoritaria de sus miembros (art. 65.1 ET). Atribución necesaria, dada la falta de personalidad jurídica de estos órganos de representación unitaria. Aunque la norma mantiene aquí también el criterio de reconocer sólo esta competencia al Comité de Empresa de forma expresa, no hay duda de que los Delegados de Personal disponen también de la misma dada la asignación legal a éstos de las competencias atribuidas a aquél (art. 62.2 ET).

F) Garantías

Bajo la genérica denominación de «Garantías», el artículo 68 ET regula dos clases de derechos subjetivos de los representantes unitarios. Por un lado, las garantías propiamente dichas, pensadas para reforzar la posición contractual de dichos representantes frente al empresario (SSTC 38/1981 y 84/2002), mediante una protección especial respecto de la utilización de los poderes jurídicos de que éste dispone en la relación individual de trabajo a fin de evitar que, a su través, se pueda cortocircuitar o limitar indebidamente el desempeño de las funciones representativas. Por otro, las facilidades, concebidas como instrumentos o medios que permitan a los representantes «el desempeño rápido y eficaz de sus funciones» (art. 2.1 Convenio OIT 135/1971), superando los obstáculos, personales o materiales, que les impidan o dificulten ese desempeño.

Esta distinción, además de encontrar acomodo en la normativa internacional (arts. 1 y 2.1 Convenio OIT 135/1971), ha sido confirmada por la doctrina constitucional al tiempo de subrayar la trascendencia que estos mecanismos de protección poseen en el ámbito de la libertad sindical, considerando que el ejercicio eficaz de los derechos y competencias atribuidas a los representantes de los trabajadores requiere disponer por su parte «de ciertas garantías y facilidades que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical» (STC 40/1985).

a) Garantías propiamente dichas

a') Frente al poder disciplinario

a") Apertura de expediente contradictorio. Ha de ser previa a la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves y en el expediente debe darse audiencia al representante y a los restantes miembros del Comité de Empresa o Delegados de Personal [art. 68.a) ET], salvo que el afectado por la sanción sea el único Delegado de Personal (STS 6-7-1990). Se trata de una garantía formal, por lo que la misma es independiente de la causa que motiva el despido, no exigiéndose su vinculación con el desempeño de las funciones representativas (SSTS 1-2-1988 y 18-2-1997). La garantía se aplica también a los candidatos a

la representación unitaria, así como a los representantes electos antes de tomar posesión del cargo (SSTS 22-11-1989 y 5-11-1990). El cumplimiento de los requisitos legales exigidos condiciona la validez de la sanción (STS 18-7- 1989).

b”) Prohibición de despido u otras sanciones. El representante goza de protección específica en esta materia, no pudiendo «ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación [art. 68.c) ET]. Se trata de una manifestación en esta materia de la prohibición general de discriminación en las relaciones laborales (art. 17.1 ET), cuyo incumplimiento genera la nulidad de la decisión sancionadora. Al estar conectada la prohibición al ejercicio de las funciones representativas, el despido o la sanción derivados del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador es sin duda admisible (STC 38/1981 y STS 20-2-1990).

c”) Opción del representantes en el despido improcedente. Recuérdese que en el despido improcedente del representante la opción entre readmisión o indemnización siempre le corresponde a éste, que, si no optase, debe entenderse que lo hace por la readmisión y que, si la opción, expresa o presunta, es a favor de la readmisión, la misma es obligada (arts. 54.6 ET conforma a la LEMURMEL y 110.2 LJS).

b’) Frente a los poderes directivo y modificativo

a”) Prohibición de discriminación. Referida aquí a la promoción económica o profesional del representante, al que se discrimina precisamente por el desempeño de su condición de tal [art. 68.c) ET]. El ámbito objetivo de la prohibición conecta en parte con el derecho a la promoción profesional reconocido a los trabajadores en el artículo 4.2.b) ET y veda al empresario privar al representante de las ventajas económicas o profesionales que le corresponderían en el caso de que no desempeñara sus funciones representativas, es decir, si hubiera continuado en todo o en parte con el desarrollo de su prestación laboral (STC 191/1998). En la prohibición también deben entenderse incluidos a los candidatos a las elecciones de representantes unitarios (STS 19-6-1989).

b”) Prioridad de permanencia. Disponen los representantes de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 68.b) ET en relación con los arts. 47, 51.5 y 52.c) ET], así como en los supuestos de traslados y desplazamientos a otros centros de trabajo (art. 40.5 ET). Esta garantía, que es irrenunciable (STC 191/1996), no tiene carácter absoluto, pues la prioridad debe entenderse en relación con los trabajadores de la empresa que no ostentan representación colectiva y tienen la misma calificación profesional (STS 30-11-2005).

b) Facilidades

a’) De carácter personal: libertad de expresión y comunicación

Vinculada a derechos fundamentales de la mayor trascendencia [art. 20.1.a) y d) CE], esta facilidad, que ampara un amplio margen de libertad y discrecionalidad en el ejercicio del cargo representativo (STS 28-2-1990), faculta a los representantes unitarios (de forma colegiada si se trata del Comité de Empresa) para «expresar con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desarrollo del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa» [art. 68.d) ET].

Por lo que se refiere a la libertad de expresión, permite «la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige… pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”» (SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001 y 20/2002 y SSTEDH 23-4-1992 y 29-2-2000), quedando «Fuera del

ámbito de protección de dicho derecho… las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental» (SSTC 204/1997, 134/1999, 297/2000 y 148/2001). En el terreno de libertad de información, la referida facilidad debe respetar la exigencia constitucional de veracidad (STC 198/2004), teniendo en cuenta que en el ámbito laboral dicha exigencia no equivale a la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino al desarrollo de una conducta diligente y responsable en la identificación y transmisión de los mismos (SSTC 4/1996 y 213/2002).

Si bien esta facilidad debe de garantizar de seguro un espacio de mayor amplitud al representante en el ejercicio de su libertad de expresión y comunicación en contraste con el que pueden disponer los restantes trabajadores, ambas libertades están limitadas, a su vez, por los derechos fundamentales y, en especial, por el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 20.4 CE), así como por el deber de buena fe, que también rige en el ámbito de las relaciones de trabajo (SSTC 148/2002 y 213/2002), y por el deber de sigilo (art. 65.2 ET).

b') De carácter material

a") Crédito de horas. Cada uno de los miembros de los órganos de representación unitaria tiene derecho a disponer de un crédito de horas mensuales y retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación [art. 68.e) ET]. Se trata de una protección específica de aquéllos atendiendo a «la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios» (STC 70/2000).

La distinta dimensión de la empresa o del centro de trabajo determina una diferente dedicación del representante a sus funciones. Por ello, la norma establece una escala de horas según sea el tamaño de la plantilla, que comienza con quince horas mensuales en empresas o centros de trabajo que ocupen hasta cien trabajadores, alcanzando las cuarenta horas mensuales en los que ocupen de setecientos cincuenta y uno en adelante. Como medida de reducción del déficit público en el marco de la crisis económica, se ha dispuesto que las ampliaciones de ese número de horas legal que se hayan acordado en convenios colectivos y acuerdos para el personal laboral quedan reducidas al establecido en la escala legal a partir del 14 de julio de 2012 (art. 10 RDL-MESFO).

La atribución de estas horas supone que el representante queda exonerado en parte de la obligación de trabajar, sin perjuicio de seguir percibiendo su retribución íntegra. Dicha exoneración puede ser completa si en convenio colectivo se pacta la acumulación de horas de aquellos representantes que las tengan asignadas en uno o varios de los componentes del órgano de representación, sin rebasar el máximo establecido en la escala legal. Ello significa que el representante o representantes que tengan atribuida la acumulación podrán quedar relevados del trabajo, sin que tampoco pierdan su remuneración.

La utilización de las horas no requiere autorización alguna por el empresario (STS 7-5-1986), aunque el representante ha de preavisarle y debe justificarla, con carácter previo o posterior a la misma, sin que se exija una forma especial al efecto, teniendo en cuenta la presunción de probidad en el empleo del crédito horario de que goza el representante (SSTS 2-11-1989 y 5-6-1990). No obstante, se admite el control formal por el empresario de la actividad representativa, aunque no sobre su contenido, cuando existan indicios razonables de utilización indebida del crédito (SSTS 19-7-1989 y 29-9-1989).

b") Local y tablón de anuncios. Los representantes unitarios tienen derecho a que la empresa ponga a su disposición un local adecuado para el desarrollo de sus actividades y a comunicarse con los trabajadores, así como a uno o varios tablones de anuncios. El reconocimiento de este derecho queda sin embargo supeditado a que las características de la empresa lo permitan (art. 81 ET).

La exigencia de que el local sea adecuado supone que ha de ser apropiado para el fin que lo justifica (STS 19-12-1996), lo que significa que ha de tener ubicación en el centro de trabajo y disposición de capacidad y condiciones materiales para el eficaz desarrollo de la actividad representativa. Esta adecuación

es también exigible para su uso compartido con las Secciones Sindicales (STS 24-9-1996), en el caso de que no exista posibilidad de un uso exclusivo (STS 6-4-1988). Y también lo es cuando exista representación unitaria de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, ya que, en este caso, podrán utilizar el local en los términos que acuerden con la empresa.

La disposición por los representantes unitarios de uno o varios tablones de anuncios permite entender que éstos no son compartidos con el tablón del que deben disponer determinadas Secciones Sindicales para su uso exclusivo [infra 2, A)].

Las discrepancias que suscite esta facilidad, respecto del local o del tablón de anuncios, han de resolverse por la autoridad laboral, previo informe de la ITSS.

G) *Deber de sigilo*

La libertad de expresión e información de los representantes cuenta con una limitación señalada en el deber de sigilo. Dichos representantes, así como los expertos que les asistan, han de observarlo «respecto de aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido comunicada con carácter reservado» (art. 65.2 ET). Desde la perspectiva del contenido del deber, no basta con la unilateral calificación por el empresario del carácter reservado de la información transmitida, sino que es preciso que la misma lo sea objetivamente (STC 213/2001 y STS 13-12-1989). Ello significa que los representantes han de hacer un uso de singular prudencia y conformidad con la buena fe de la información objetivamente calificada como confidencial, a fin de no perjudicar aquel legítimo interés de la empresa (por ejemplo, no dar a conocer las características de un nuevo producto en fase de fabricación que implica reestructuración parcial de la plantilla para no menoscabar la posición competitiva de la empresa).

En todo caso, el ámbito material en que el deber de sigilo opera se delimita de un doble modo. En primer lugar, mediante la prohibición a los representantes de que ningún documento entregado por la empresa a éstos se utilice fuera del «estricto ámbito» de la misma o «para fines distintos de los que motivaron su entrega» (art. 65.3 ET). De otro, eximiendo a la empresa, con carácter excepcional, de comunicar «aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasione graves perjuicios en su estabilidad económica», aunque esta excepción no rige para «aquellos datos que tengan relación con el empleo» (art. 65.4 ET).

Constituye infracción administrativa muy grave la negativa injustificada del empresario a facilitar la información a que tienen derecho los representantes, lo que incluye el abuso en la determinación de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar las informaciones de carácter secreto [arts. 65.5 ET y 9.2.c) LISOS]. Por otra parte, las impugnaciones de las decisiones del empresario relacionadas con el deber de sigilo, han de tramitarse por el cauce del proceso de conflictos colectivos [art. 65.5 ET y Capítulo 26, III, 2, C)].

2. Representación sindical

La presencia del sindicato en la empresa se instrumenta mediante dos órganos: la Sección Sindical (art. 8 LOLS) y el Delegado Sindical (art. 10 LOLS). Aunque su estructura, funcionamiento y derechos no son coincidentes, tienen como nexo común la aplicación en el ámbito empresarial de los objetivos, estrategias y acuerdos del sindicato, sin perjuicio del margen de autonomía organizativa y funcional del que puede disponer la Sección Sindical.

A) Secciones Sindicales

a) Naturaleza y constitución

a') Naturaleza

Desde la perspectiva constitucional, las Secciones Sindicales presentan una doble vertiente: por una parte, son instancias organizativas internas del sindicato, y, por otra, son también representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas (SSTC 61/1989, 173/1992 y 222/2002). Entre ambas instancias no existe una relación asociativa, dado que las Secciones Sindicales carecen de personalidad jurídica distinta del sindicato en cuya estructura se integran. Pero ello no es obstáculo para apreciar la dinámica de esa doble faceta. En su dimensión interna, permite al sindicato ejercer determinadas facultades sobre la Sección Sindical al amparo de su derecho de organización interna conforme al artículo 2.2.a) LOLS (por ejemplo, determinar el ámbito sobre el que la Sección puede constituirse, bien la empresa bien el centro de trabajo: STS 15-7-1996). Desde el plano externo, habilita a la Sección para el goce de cierta autonomía organizativa y funcional, plasmada en el reconocimiento a la misma de determinados derechos. Con todo, ambas facetas no están desconectadas entre sí. Por el contrario, la actuación de la Sección Sindical permite vincular al sindicato con sus afiliados en la empresa o centro de trabajo y con el conjunto de los trabajadores, incluidos los no afiliados.

b') Constitución

Pertenece al ámbito de su autonomía organizativa, el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a constituir Secciones Sindicales en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo de conformidad con lo establecido en los estatutos del mismo [art. 8.1.a) LOLS]. De la configuración legal de este derecho se desprenden algunas precisiones. En primer lugar, que la constitución de la Sección no está condicionada por la representatividad del sindicato, ni por el tamaño de la empresa. En segundo término, que quienes tienen atribuido el citado derecho son las Secciones Sindicales de los trabajadores afiliados al sindicato en el ámbito empresarial, sin perjuicio de que éste pueda promover su constitución y que la misma haya de sujetarse a lo que dispongan sus estatutos a este respecto (STS 8-6-1996). En tercer lugar, que el ámbito de constitución de la Sección es alternativo, pudiendo ser la empresa o el centro de trabajo, aunque también en los estatutos de sindicato es posible regular este extremo, teniendo en cuenta que «la base natural de la sección sindical es… el centro de trabajo» (STC 292/1993). En cuarto lugar, que la comunicación al empresario de la constitución de la Sección Sindical no está exigida por la ley, si bien aquél «puede recabar de la Secc-ión Sindical o del delegado aquellos datos que precise para comprobar la legitimidad de su creación y elección, pero este poder de control o comprobación encuentra un límite insuperable en los derechos fundamentales del trabajador, que no pueden ser vulnerados por el empresario», lo que sucede si éste pretende que el trabajador revele su afiliación sindical, ya que tal conducta no respeta su libertad ideológica, aunque, por otra parte, la no revelación suponga que el trabajador, si tiene la condición de delegado sindical, no pueda ejercer los derechos aparejados a la misma (STC 292/1993).

b) Derechos

La LOLS no atribuye a todas las secciones sindicales los mismos derechos, reservando a este propósito a algunas ventajas en función del grado de representatividad de los sindicatos a los que aquéllas pertenezcan.

a') Comunes

Toda sección sindical legalmente constituida dispone de los siguientes derechos (art. 8.1 LOLS):

a") Constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato.

b") Celebrar reuniones, previa notificación al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. La relevancia de este derecho de reunión ha sido subrayada por la doctrina constitucional, señalando que tal derecho «en el específico ámbito sindical es el soporte instrumental para el ejercicio de otros derechos, especialmente el de información», de modo que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de una democracia y de un pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial en la formación del derecho fundamental a la libertad sindical» (SSTC 94/1995 y 168/1996).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el derecho de reunión sindical que aquí se reconoce canaliza la organización interna del Sindicato y encauza el flujo de información sindical en la empresa o centro de trabajo, correspondiendo por ello su titularidad individualmente a los trabajadores afiliados a un sindicato (STC 76/2001), debiendo distinguirse claramente entre este derecho y el de reunión en asamblea del que son titularidades todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo (infra IV, 1).

c") Recibir la información que le remita su sindicato.

b') Específicos

A las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos de representación unitaria, se les reconocen en exclusiva ciertos derechos (art. 8.2 LOLS).

a") A un tablón de anuncios, que debe situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general. Su uso es exclusivo de estas Secciones Sindicales. No pueden considerarse como tablones de anuncios virtuales que sustituyan a aquel otro los medios informáticos y electrónicos de la empresa, ya que la interpretación extensiva del artículo 8.2.a) LOLS que ello supondría no es la única forma de salvaguardar este derecho (STC 281/2005).

b") A la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica.

c") A la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de doscientas cincuenta trabajadores. Su uso no es exclusivo de estas secciones, pudiendo ser compartido incluso con los representantes unitarios (SSTS 24-9-1996 y 19-12-1996).

B) Delegados Sindicales

a) Carácter y elección

Caracteriza al Delegado Sindical su condición de representante de ciertas Secciones Sindicales. Se trata, por tanto, de una figura concebida para facilitar las relaciones entre el sindicato y la Sección Sindical, así como entre éstos y el empresario. De aquí que sus funciones sean básicamente de orden ejecutivo y coordinador.

La existencia jurídica del delegado sindical está sometida a varios requisitos (art. 10.1 LOLS):

a') La dimensión de la empresa o del centro de trabajo. Se requiere que una u otro ocupen a más de doscientos cincuenta trabajadores, aunque en convenio colectivo puede reducirse este número (SSTSJ La Rioja 24-10-1996 y 9-5-2002).

b') La representatividad del sindicato. Ha de tratarse de Sección Sindical que pertenezca a un sindicato con presencia en el Comité de Empresa. El número de Delegados de cada Sección Sindical se fija por la ley en función de dos variables: índice de representatividad del sindicato y volumen de la plantilla. La negociación colectiva tiene preferencia para la fijación de ese número, debiendo acudirse a lo previsto en la ley a este respecto en ausencia de acuerdo específico. La previsión legal contempla dos situaciones. De un lado, cuando el sindicato al que pertenezca la Sección Sindical haya alcanzado el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa, el número de Delegados se establece por la ley en una escala que comprende desde un Delegado en la empresa o centro de trabajo que ocupe de doscientos cincuenta a setecientos cincuenta trabajadores, hasta cuatro Delegados cuando una u otro ocupen más de 5.001 trabajadores. De otro, cuando la Sección Sindical del sindicato no haya obtenido dicho porcentaje de votos, pero haya superado el umbral mínimo del 5 por 100 de los votos exigido para tener derecho a la atribución de representantes en el comité de empresa o en la junta de personal [arts. 71.2.b) ET y 20.2, A).a) del RD 1.846/1994, de 9 de septiembre], estará representada por un solo delegado sindical.

La escala legal se considera mínimo de derecho necesario, por lo que mediante convenio o acuerdo colectivo puede ampliarse el número de Delegados establecido aquélla (STC 188/1995 y STS 15-3-2004).

Por otra parte, se admite la posibilidad de que existan Delegados de Secciones Sindicales pertenecientes a sindicatos sin presencia en el Comité de Empresa, con la limitación de que, en este caso, aquéllos no podrán disponer de los derechos atribuidos a los restantes Delegados por el artículo 10.3 LOLS (SSTC 173/1992 y 292/1993).

c') La elección del Delegado. Ha de ser elegido «por y entre sus afiliados en la empresa o centro de trabajo» (art. 10.1 LOLS). Requisito coherente con la lógica afiliación del Delegado al sindicato en que se esté encuadrada la Sección Sindical y con el adecuado conocimiento por su parte del desarrollo de las relaciones laborales en la correspondiente unidad productiva.

b) Derechos y garantías

En el reconocimiento de derechos y garantías al Delegado Sindical, la ley regula un doble supuesto (art. 10.3 LOLS).

El primero es explícito al considerar que el Delegado no forma parte del Comité de Empresa. En tal caso, se le reconocen las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de dicho órgano de representación unitaria [supra II, 1, E) y F)], así como determinados derechos, que pueden ser mejorados por convenio colectivo:

1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de Empresa, con la obligación de guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

2.º Asistir a las reuniones de los Comités de Empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene, con voz pero sin voto.

3.º Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

El segundo supuesto se infiere implícitamente de lo dispuesto en la materia por el artículo 10.3 LOLS y permite entender que si el Delegado forma parte del Comité de Empresa ya dispone tanto de las garantías propias del mismo como de los derechos y facultades que este órgano tiene atribuidos.

3. Representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales

La prevención de los riesgos laborales es materia que ofrece una doble vía de representación de los intereses colectivos de los trabajadores en la empresa. Por un lado, la vía generalista de la representación unitaria y sindical, a cuyo través los órganos que las integran ejercen sus funciones en dicha materia (art. 34.2 LPRL). Por otra parte, una vía especializada que se estructura en torno a dos órganos: los Delegados de Prevención (arts. 35 a 37 LPRL) y el Comité de Seguridad y Salud (arts. 37 y 38 LPRL), configurados para actuar exclusivamente en punto a la prevención de riesgos laborales. La relevancia de estos últimos órganos es manifiesta, considerando que la seguridad y salud en el trabajo, además de constituir el soporte material sobre el que se erige un derecho subjetivo del trabajador, es presupuesto preventivo de la prestación laboral (Capítulo 9, II).

A) Delegados de Prevención

a) Carácter y designación

Caracterizados como «los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo» (art. 35.1 LPRL) en las empresas que cuentan con seis o más trabajadores, los Delegados de Prevención son designados por y entre los representantes unitarios, en el ámbito de los órganos de representación unitaria (art. 35.2 LPRL), de forma que se trata de una designación de segundo grado. El número de Delegados a elegir está en función del tamaño de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo, de acuerdo con una escala que comprende desde un Delegado en las empresas de seis a treinta trabajadores hasta ocho Delegados en las que tengan 4.001 trabajadores en adelante (art. 35.2 LPRL).

La anterior regulación es parcialmente dispositiva. De un lado, para los convenios colectivos, ya que éstos pueden establecer «otros sistemas de designación», siempre que quede a salvo la facultad de designación por los representantes unitarios o por los propios trabajadores (art. 35.4 LPRL). Ello permite que los convenios regulen el procedimiento de elección (por ejemplo, siguiendo un criterio proporcional u uno mayoritario) o mejoren el número de Delegados en relación a la mencionada escala legal, pero sin que puedan alterar peyorativamente las competencias y facultades atribuidas por la ley a los Delegados de Prevención. De otro, para los convenios colectivos y los acuerdos sobre materias concretas a que se refiere el artículo 83.3 ET, que están facultados para decidir que las competencias reconocidas en la LPRL a los Delegados de Prevención «sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados» (art. 35.4 LPRL).

b) Competencias y facultades

La norma legal articula en un doble plano la función representativa especializada de los Delegados de Prevención. Por una parte, en un plano genérico señala las competencias y, por otra, en un plano específico acota las facultades atribuidas en el ejercicio de las citadas competencias (art. 36.1 y 2 LPRL). Al igual que sucedía en la representación unitaria, sólo algunas de dichas competencias y facultades pueden encuadrarse en la participación en la gestión al tener carácter informativo y consultivo, quedando las restantes al margen de las mismas.

a') De participación en la gestión

a") Ser consultados por el empresario, con carácter previo a la ejecución de las decisiones a adoptar por éste conforme a lo dispuesto en el artículo 33 LPRL (por ejemplo, la organización y desarrollo de las

actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa). Los informes que deban emitir los Delegados de Prevención al respecto, deben elaborarse en un plazo de quince días o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes. El empresario puede poner en práctica su decisión si transcurre ese plazo sin que el informe se haya emitido.

b") Tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, con las limitaciones derivadas de la prohibición de utilizar los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores con fines discriminatorios o en su perjuicio.

c") Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél haya tenido conocimiento de ellos, pudiendo presentarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos.

d") Recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores.

b') De participación no incluida en la gestión

a") Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva.

b") Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

c") Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

d") Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como, en los términos previstos en la LPRL, a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pudiendo formular ante ellos las observaciones que estimen oportunas.

e") Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo, pudiendo, a tal fin, acceder a cualquier zona de los mismos y comunicarse durante la jornada con los trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.

f") Recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, pudiendo a tal fin efectuar propuestas al empresario, así como al Comité de Seguridad y Salud para su discusión en el mismo.

g") Proponer al órgano de representación legal de los trabajadores (unitaria o sindical si la primera no existe) la adopción del acuerdo de paralización de la actividad de los trabajadores que estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión del trabajo, cuando el empresario no adopte o no permita que se adopten las medidas necesarias para garantizar su seguridad y salud.

h") Adoptar el mencionado acuerdo de paralización por decisión mayoritaria de los delegados cuando no sea posible reunir con la urgencia necesaria a la citada representación legal.

c) Garantías

A los delegados de prevención se les reconocen las mismas garantías establecidas para los representantes unitarios en el artículo 68 ET, debiendo observar asimismo el deber de sigilo que para aquéllos regula el artículo 65.2 ET (art. 37.1 y 3 LPRL).

B) Comité de Seguridad y Salud

a) Carácter y estructura

Se configura el Comité de Seguridad y Salud como «el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (art. 38.1 LPRL). No es, por tanto, un órgano de representación pura de los trabajadores, dado que su estructura es paritaria, estando formado por los Delegados de Prevención y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados. Desde este punto de vista estructural, dicho órgano se acerca más al concepto de participación en la gestión.

Debe constituirse, imperativamente, en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con cincuenta o más trabajadores, previéndose la posible constitución, mediante acuerdo colectivo, de un Comité Intercentros si varios de ellos tuvieran comité propio. En las reuniones del Comité de Seguridad y Salud participan, con voz pero sin voto, los Delegados Sindicales y los responsables técnicos de la prevención en la empresa que no estén ya incluidos en la composición paritaria del órgano, así como los trabajadores de la empresa que posean una especial cualificación o información en las cuestiones que se debatan por dicho órgano y los técnicos en prevención ajenos a la empresa, siempre que lo solicite alguna de las representaciones del referido órgano.

Sus reuniones tienen, como mínimo, una frecuencia trimestral, pudiendo adoptar el propio órgano sus normas de funcionamiento.

b) Competencias y facultades

En la caracterización general por la ley de las funciones del Comité se hace referencia, como se ha visto, a una competencia general de consulta regular y periódica respecto de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. Sin embargo, tal competencia no encuentra después materialización en las competencias y facultades específicas que la propia ley le atribuye posteriormente, de modo que éstas no pueden considerarse como desarrollo de aquélla, sino como su complemento. En su mayor parte, tales competencias y facultades pueden encuadrarse en la participación en la gestión, girando en torno a las de orden informativo.

a') De participación en la gestión

a") Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos de la empresa.

b") Conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo, realizando a tal efecto las visitas que estime oportunas.

c") Conocer cuántos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como, en su caso, los procedentes de la actividad del servicio de prevención.

d") Conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas.

e") Conocer e informar la memoria y programación anual de servicios de prevención

b') De participación no incluida en la gestión

Promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes.

III. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

El desarrollo normativo específico de los dispositivos de la representación de los trabajadores en el ámbito comunitario ha sido posterior a su regulación en nuestro ordenamiento, dato que confirma la tendencia de la norma sociolaboral comunitaria a ir al rebufo de la prioritaria actividad económica. Con todo, nuestra normativa laboral interna cuenta ya con legislación relativa a dicha representación, que se ocupa de regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria (LIEC), así como la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (LISAC).

1. Participación en empresas y grupos de dimensión comunitaria

Transponiendo a nuestro ordenamiento la Directiva 94/95 (que la Directiva 2009/38 modificó y refundió), la LIEC centra su objeto en regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas o grupos de dimensión comunitaria (art. 1). Ofrece esta norma una noción legal de ambas. Por una parte, se considera empresa con tal dimensión la que emplee mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros (tanto de la UE como del EEE) y que, al menos en dos de ellos, emplee ciento cincuenta trabajadores o más en cada uno. Por otra, se califica como grupo de empresas con igual dimensión la que emplee mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros, que comprenda, al menos, dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes, y que, al menos, una empresa del grupo emplee ciento cincuenta trabajadores o más en un Estado miembro y que, al menos, otra de las empresas emplee el mismo número mínimo en otro Estado miembro (art. 3.1 LIEC).

Para lograr el establecimiento de los referidos derechos de información y consulta ha de seguirse una doble vía.

La primera supone el inicio por la dirección central de la empresa o del grupo, a petición escrita de un mínimo de cien trabajadores, o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o del grupo situados en Estados miembros diferentes, de una negociación para constituir un comité de empresa europeo o establecer un procedimiento alternativo de información y consulta (art. 7 LIEC). Si la negociación no se inicia o no se alcanza un acuerdo en el plazo de tres años a contar de la iniciativa negocial, se abre la segunda vía en cuya virtud deben aplicarse las disposiciones subsidiarias para crear, obligatoriamente, el comité de empresa europeo de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en la LIEC (arts. 16 a 19). Entre éstas cabe destacar las relativas a las competencias y a las garantías de los representantes.

Las competencias operan en un ámbito determinado, de forma que el comité tiene derecho a ser informado y consultado sobre las cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o, como mínimo, a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes (art. 18.1 LIEC). El contenido de las competencias de información y consulta debe referirse, en especial, «a la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios relevantes que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de centros de trabajo o de partes importantes de éstos y los despidos colectivos» (art. 18.2 LIEC). Para evitar que la consulta sea meramente formal, se especifica que ha de llevarse a cabo de un modo «que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con la dirección central y obtener una respuesta motivada a cualquier dictamen que puedan emitir» (art. 18.2 LIEC).

Los miembros del comité, así como los miembros de la comisión negociadora en el supuesto de que prospere la previa iniciativa negocial y los representantes de los trabajadores en el caso de que se opte por un procedimiento alternativo de información y consulta, gozan en el ejercicio de sus funciones «de la

misma protección y de garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores a nivel nacional en el país en el que prestan sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales» (art. 21 LIEC).

2. Participación en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

La segunda vertiente de actuación de la representación de los trabajadores en el ámbito comunitario se refiere, como se apuntó, a la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, reguladas, respectivamente, por las Directivas 2001/86 y 2003/72 que, a su vez, desarrollan en esa materia el Reglamento 2157/2001 (Estatuto de la sociedad anónima europea) y el Reglamento 1435/2003 (Estatuto de la sociedad cooperativa europea). Ambas Directivas han sido transpuestas a nuestro ordenamiento mediante la LISAC (Disp. Final 3.ª).

El objeto de esta última norma es regular la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (art. 1 y Disp. Adic. 2.ª LISAC), definidas en los términos de los citados Reglamentos 2157/2001 y 1435/2003. A estos efectos, la referida implicación se define como «la información, la consulta, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en las empresas» [art. 2.i) LISAC].

El establecimiento de «los derechos de implicación de los trabajadores» ha de surgir de un procedimiento negocial que comienza mediante la iniciativa de las sociedades participantes en la constitución de una sociedad anónima o cooperativa europea a partir del momento en el que las primeras hayan establecido el proyecto de dicha constitución (art. 4 LISAC). Con esta finalidad, ha de constituirse una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados, cuyos miembros serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales y conforme a lo dispuesto en la LISAC.

En el supuesto de que se alcance un acuerdo, éste debe incorporar un contenido mínimo, que, entre otros extremos, debe incluir la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta, las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto, su régimen de funcionamiento, los recursos materiales y financieros de que disponga, las modalidades de aplicación de los procedimientos de información y consulta que las partes hayan acordado en lugar de la creación del referido órgano, así como el ámbito de aplicación del acuerdo, fecha de entrada en vigor, duración y condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación (art. 11 LISAC). En el caso de que bien las partes así lo decidan, bien no se alcance dicho acuerdo en el plazo establecido (seis meses y una posible prórroga de otros seis), debe crearse de forma obligatoria un órgano de representación de los trabajadores en la sociedad anónima y cooperativa europea, de sus centros de trabajo y empresas filiales, con las competencias, composición y régimen de funcionamiento legalmente establecidos (art. 15.1 LISAC). El contenido de las competencias de información y consulta atribuidas a dicho órgano es muy similar al ya descrito para esas competencias en el supuesto de participación en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria (supra III, 1).

En todo caso, cuando una sociedad anónima europea (o sociedad cooperativa europea) sea al tiempo empresa de dimensión comunitaria o empresa de control de un grupo de dimensión comunitaria, conforme a lo dispuesto en la LIEC o en las legislaciones de los demás Estados miembros, mediante las que se incorpore la normativa comunitaria sobre constitución de un comité de empresa europea o de un procedimiento de información y consulta de los representantes de los trabajadores en dichas empresa o grupo (supra III, 1), no se aplicarán tales disposiciones, salvo que la comisión negociadora en el procedimiento establecido para alcanzar un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima o cooperativa europea decida no iniciar las negociaciones o dar por terminadas las que estén en curso para obtener dicho acuerdo (Disp. Final 1.ª1 LISAC).

IV. DERECHO DE REUNIÓN EN LA EMPRESA

1. Caracterización

Como ya se estudió [supra I, 1, A)], la participación en la gestión puede encauzarse en forma de participación directa a través del derecho de reunión, bien en asamblea (art. 129.2 CE), bien en reunión sindical (arts. 7 y 28.1 CE). Tratada ya esta última con anterioridad [supra II, 2, A)], procede ahora examinar la primera.

En cuanto mecanismo de participación en la empresa constitucionalmente amparado (art. 129.2 CE), el derecho de reunión en asamblea se reconoce a los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo a título individual [arts. 4.1.f) ET y 77.1 ET], aunque, como es obvio, su ejercicio ha de ser necesariamente colectivo. La titularidad del derecho corresponde a todo trabajador que preste sus servicios asalariados en ese ámbito empresarial, al margen por tanto de cualquier otra condición social o personal (por ejemplo, afiliación sindical o no, o modalidad de contrato). No obstante, debe señalarse que la doctrina constitucional ha encuadrado el referido derecho en el artículo 21.1 CE, lo que le confiere sin duda un mayor relieve y protección constitucional (SSTC 18/1981 y 29/2000). Con todo, ese encuadramiento no debe entenderse como incompatible con la amplia cobertura que proporciona el principio de participación en la empresa contemplado en el artículo 129.2 CE.

Rasgo preeminente que caracteriza el régimen jurídico del mencionado derecho (arts. 77 a 80 ET) es el de configurar la institución de la asamblea de trabajadores como un órgano subordinado, no soberano, cuyos acuerdos no pueden por sí solos alterar o desconocer lo establecido en la norma, tenga ésta o no carácter laboral, ni tampoco en los acuerdos que adopten los representantes unitarios habida cuenta del mandato de plenas facultades que a éstos les confiere la ley. De aquí que los acuerdos de la asamblea hayan de enmarcarse, desde el prisma jurídico, en el terreno propositivo.

2. Convocatoria

A) Legitimación

La legitimación para convocar la asamblea es coherente con los sujetos que pueden ser convocados en cuanto titulares de esta forma del derecho de reunión, es decir, los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo. Por ello, tal legitimación se reconoce a

- Los Delegados de Personal o el Comité de Empresa o centro de trabajo.
- Los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo en un número no inferior al 33 por 100 de la plantilla.

En consecuencia, los Delegados Sindicales carecen de legitimación para convocar la asamblea de trabajadores, ya que ni las garantías que les reconoce el artículo 10.3 LOLS lo permiten (STC 168/1996), ni las facultades del sindicato lo autorizan (STC 76/2001).

B) Requisitos

a) Lugar. La imperatividad de la norma disponiendo que el lugar de reunión sea el centro de trabajo, se matiza de inmediato con el límite de que las condiciones del mismo lo permitan (art. 78.1 ET); condicionamiento razonable que debe enjuiciarse sobre todo bajo criterio de la proporcionalidad y adecuación. La propia norma ofrece indirectamente una pauta interpretativa a este respecto al prever la posibilidad de celebrar asambleas parciales «por insuficiencia de los locales o por cualquier otra circunstancia» (art. 77.2 ET).

El empresario debe facilitar el centro de trabajo para la celebración de la asamblea, pero en algunos supuestos este deber se exceptúa (art. 77.2 ET):

- Cuando no se cumplan las disposiciones del ET en relación con este derecho (por ejemplo, convocatoria por sujetos no legitimados).
- Cuando no hayan transcurrido dos meses desde la última reunión celebrada. Supuesto que, a su vez, cuenta con excepciones que permiten reducir ese plazo: pacto en convenio colectivo, reuniones informativas sobre convenios colectivos que sean aplicables al personal y reuniones que puedan celebrarse durante el desarrollo de una huelga legal, dado el carácter instrumental del derecho de reunión para el desenvolvimiento del derecho de huelga y la búsqueda de una solución al conflicto (STC 11/1981).
- Cuando todavía no se haya resarcido o afianzado el resarcimiento por los daños producidos en alteraciones ocurridas en alguna reunión anterior.
- Cierre legal de la empresa. Debe tratarse de un cierre total, ya que el de carácter parcial no puede justificar en todo caso la negativa empresarial.

b) Tiempo. Como regla general, la asamblea ha de tener lugar fuera de las horas de trabajo, pero es posible pactar con el empresario su celebración dentro de esas horas (art. 78.1 ET) y sin pérdida de la remuneración. La finalidad de la regla es evitar perjuicios a la empresa en la organización y desarrollo del trabajo. Una posible forma de eludirlos puede ser la celebración de reuniones parciales, autorizada por ley en ciertos supuestos (art. 77.2 ET).

c) Forma. La presidencia de la asamblea ha de comunicar al empresario la convocatoria con un mínimo de cuarenta y ocho horas de antelación a la fecha de su celebración, debiendo aquél acusar recibo (art. 79 ET), sin que proceda por su parte conceder ningún tipo de autorización y sin perjuicio de que comunique a la presidencia convocante la imposibilidad de celebrarla cuando concurran algunos de los supuestos regulados en el artículo 77.2 ET. La convocatoria ha de contener el orden del día, no pudiendo tratarse en la asamblea asuntos que no figuren incluidos previamente en el mismo. Junto a la convocatoria, deben comunicarse también al empresario, en su caso, los nombres de las personas que no pertenezcan a la empresa y que vayan a asistir a la asamblea (art. 77.2 ET). Aunque la ley no lo señale, esta asistencia ha de estar justificada en razón del asunto o asuntos a tratar según consten en el orden del día, hallándose legitimados a este respecto distintos sujetos, tales como los representantes sindicales externos a la empresa [art. 9.1.c) LOLS] o los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social que estén realizando funciones de mediación en un conflicto colectivo que afecte a la empresa (arts. 3 y 4 LOITSS).

3. Asambleas

A) Clases

De la regulación legal se desprende la existencia de dos clases de asambleas. De un lado, totales y parciales. La ley no efectúa una enumeración cerrada de las causas que justifican la realización de las segundas, citando a modo de ejemplo la existencia del sistema de trabajo a turnos o la insuficiencia de los locales. El supuesto de hecho para que pueda recurrirse a la asamblea parcial se refiere a la posibilidad de que la reunión simultánea de toda la plantilla perjudique o altere el normal desarrollo de la producción (art. 77.2 ET). Pero debe observarse que esta posibilidad no será frecuente, considerando que, como se dijo, la regla general es la celebración de la asamblea fuera de las horas de trabajo, salvo pacto en contrario.

De otro lado, las asambleas informativas y resolutivas, dependiendo del carácter que la convocatoria imprima a la reunión. Téngase en cuenta que los acuerdos adoptados en las asambleas resolutivas no vinculan a los representantes unitarios, pues su mandato no es imperativo sino representativo.

B) Desarrollo

a) Presidencia

Cualquiera que fuere la clase de asamblea, la presidencia corresponde en todo caso al Comité de Empresa o a los Delegados de Personal mancomunadamente, que son responsables del normal desarrollo de la misma, así como de la presencia en la reunión de personas no pertenecientes a la empresa. La presidencia ha de acordar con el empresario «las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa» (art. 77.1 ET). Si bien la ley no lo señala, esta regla está probablemente pensada para las asambleas que se celebren dentro del horario de trabajo previo acuerdo con el empresario, ya que en tales casos, en especial si se trata de asambleas de todo el personal, la asamblea puede, en efecto, acarrear dichos perjuicios.

b) Procedimiento

La norma es parca a la hora de establecer reglas generales sobre el procedimiento a seguir en el desarrollo de la asamblea, considerando que se trata de un ámbito propio de la autonomía participativa al amparo del principio constitucional de autonomía colectiva. Tan sólo por lo que hace a la adopción de los acuerdos de la asamblea que afecten al conjunto de los trabajadores se exige para su validez el voto favorable, personal, libre, directo y secreto de la mayoría absoluta, esto es, «de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo» (art. 80 ET), de donde se infiere que cuando los acuerdos atañan a un grupo o sector de los trabajadores basta con la mayoría simple. No obstante, existen algunas excepciones a esta última regla implícita, de las que pueden destacarse dos. De un lado, la decisión de revocar a los representantes unitarios, mediante asamblea convocada al efecto por un tercio de sus electores, requiere la mayoría absoluta de éstos (art. 67.3 ET), que, de seguirse el criterio de la doctrina judicial mayoritaria, debe entenderse referida al colegio electoral en el que aquéllos hayan sido elegidos [supra II, 1, C)]. De otro, el acuerdo de declaración de huelga adoptado directamente por los trabajadores afectados por el conflicto sólo exige la mayoría simple de éstos [art. 3.2.b) DLRT], tanto si se trata de convocar a todos o a una parte de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo.

V. AUTOGESTIÓN DE LA EMPRESA: SOCIEDADES COOPERATIVAS

Junto a la participación limitada en la empresa, el artículo 129.2 CE presta también cobertura a una participación plena en la misma a través de los mecanismos de autogestión de la empresa por los propios trabajadores. La articulación de esos mecanismos se lleva a cabo por el legislador a través de las sociedades cooperativas, encuadradas en el ámbito de la economía social. Estas sociedades comparten ciertos principios básicos en orden al autogobierno laboral de la empresa: la autonomía de gestión, los procesos de decisión democrática y la primacía de las personas y del trabajo sobre el capital en el reparto de las rentas.

1. Evolución normativa

Desde la perspectiva de la configuración del empleo, la trascendencia histórica del cooperativismo es innegable. En el marco de la economía social, las cooperativas surgen como respuesta alternativa por parte de los estratos sociales más desprotegidos a las condiciones de vida y trabajo provocadas por el desarrollo del capitalismo industrial en los siglos XVIII y XIX, a fin de poner en práctica una salida autogestionada y solidaria tanto al desempleo como al subempleo. Tras un cierto declive durante el ciclo alcista posterior a la Segunda Guerra Mundial (1945-1972), el último cuarto del siglo XX asiste a un renovado impulso de la economía social en general y del cooperativismo en particular, atendiendo a necesidades sociales cubiertas de modo insuficiente o inadecuado por las empresas mercantiles o por el sector público. Fruto

del mayor eco que tiene el movimiento cooperativo entre la población trabajadora es el Congreso de la ACI —creada en 1895—, celebrado en Manchester el 27 de septiembre de 1995, en el que se traza el perfil institucional de las sociedades cooperativas, fijando su definición, así como los valores y principios que las han de regir, que se configuran como antitéticos a los que sustentan las sociedades mercantiles en el sistema capitalista.

A) Definición y valores

La cooperativa se define como una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática. Las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación sociales.

B) Principios

Los principios cooperativos son pautas o criterios directivos mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores. Dichos principios regularon inicialmente una de las pioneras experiencias llevadas a cabo en este campo, la cooperativa de Rochadale (Inglaterra), creada en 1844, y fueron asumidos para toda clase de cooperativas por el citado Congreso de Manchester:

1.º Adhesión voluntaria y abierta. Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación de sexo, social, racial, política o religiosa.

2.º Gestión democrática de los socios. Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática.

3.º Participación económica. Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital es normalmente propiedad común de la cooperativa. Usualmente, los socios reciben una compensación limitada si la hay, sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes a todos o algunos de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa, posiblemente mediante el establecimiento de reservas, parte de las cuales por lo menos serían irrepartibles; el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios (por ejemplo, de índole cultural o solidaria).

4.º Autonomía e independencia. Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa.

5.º Educación, formación e información. Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas. Informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperación.

6.º Cooperación con el movimiento cooperativo. Las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.

7.º Interés por la comunidad. Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios.

2. Regulación actual

Entre las distintas clases de sociedades cooperativas, las que mejor combinan la creación y mantenimiento del empleo con la fórmula autogestionaria son las cooperativas de trabajo asociado, dado que la intervención de los socios trabajadores en los órganos en que se estructuran no puede perder de vista en ningún momento que el objeto social de las mismas estriba en «proporcionar a sus socios puestos de trabajo» (art. 80.1 LC). De aquí que, además de constituir una forma de autogestión de la empresa constitucionalmente amparada, las cooperativas tengan asimismo soporte constitucional en materia de empleo, ya que, considerando su dimensión social y democrática, configuran una de las formas cualificadas de organización empresarial que mejor contribuyen a la finalidad de creación y mantenimiento de un empleo de calidad, coadyuvando así a la consecución de una política orientada al pleno empleo que los poderes públicos tienen encomendada (art. 40.1 CE). La específica configuración que recibe el empleo en estas cooperativas reposa sobre tres características, algunas de las cuales son compartidas con las restantes cooperativas: su calificación legal como sociedad no mercantil, su objeto social y sus mecanismos de autogestión.

A) Calificación y objeto social

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.1 LC, aplicable a todo tipo de cooperativas, «La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley».

De acuerdo con esa noción legal, para un cualificado sector de la doctrina la actividad cooperativa de trabajo asociado no se realiza mediante la forma jurídica de la sociedad mercantil. Al igual que las restantes cooperativas reguladas por la LC, se trata de sociedades cooperativas y no de sociedades mercantiles. Hay varias razones para sostener esta calificación:

1.ª La LC no establece su carácter mercantil, sino cooperativo con expresa sumisión a los principios de la ACI, de cuyos valores y principios se desprende con claridad ese carácter extramercantil.

2.ª Las cooperativas realizan actividades empresariales, pero esto no implica necesariamente naturaleza mercantil, puesto que el Código de Comercio las excluye de su ámbito de aplicación (art. 124 CCo).

3.ª Aunque el ánimo de lucro está presente en la mayor parte de las cooperativas, su objeto social legalmente definido no es éste sino el de satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de sus socios, al que aquél se supedita. Entre esas necesidades y aspiraciones existen dos clases de cooperativas que tienen por objeto social prioritario o complementario el empleo, en concreto las citadas cooperativas de trabajo asociado y las cooperativas de iniciativa social, respectivamente, lo que difiere sin ambages del objeto propio de las sociedades mercantiles.

B) Principios y reglas de autogestión en la sociedad cooperativa

Los principios de gestión democrática y de participación económica de los socios establecidos por la ACI se recogen en la normativa interna de los Estados, aunque no siempre con la coherencia deseable. En nuestro ordenamiento, la intervención de los socios trabajadores en los órganos de la sociedad cooperativa representa un control mucho más incisivo de las decisiones que afecten al empleo si se comparan con

la regulación que a este respecto se establece en la legislación laboral para el trabajo asalariado, teniendo en cuenta los mencionados principios y su articulación normativa.

a) Gestión democrática

La esencia de este principio se manifiesta en dos facetas. De un lado, en la participación activa de los socios para establecer las políticas de la cooperativa y adoptar las oportunas decisiones en los órganos de la sociedad. De otro, en la participación igualitaria, de forma que en las cooperativas de primer grado los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y en las cooperativas de segundo grado también debe garantizarse una estructura y funcionamiento democráticos.

Sin embargo, la regulación general sobre cooperativas ha experimentado en nuestro ordenamiento una clara restricción de las dos facetas mencionadas en ciertos aspectos relativos a la organización y funcionamiento de los principales órganos cooperativos, la Asamblea General y el Consejo Rector.

a') Derecho de voto. El principio de gestión democrática experimenta en la vigente LC —al igual que sucedía en la precedente LGC— una importante restricción. Aunque se acepta para la Asamblea General la igualdad en el derecho de voto, de manera que cada socio pueda disponer de uno, se exceptúa este criterio respetuoso con aquel principio para admitir el voto plural ponderado en proporción al volumen de la actividad cooperativizada (art. 26 LC). La quiebra del voto igualitario se admite en un número elevado de supuestos. En unos casos para ciertos socios que tengan la condición de personas jurídicas (cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas), quedando remitida a los estatutos de la cooperativa la fijación de los criterios de proporcionalidad. En otros supuestos se contempla ese tipo de voto para algunas clases de cooperativas (por ejemplo, agrarias, de servicios o de transportes), estableciéndose aquí directamente por la LC el criterio de proporcionalidad (en el ejemplo anterior, el voto plural ponderado no podrá ser superior en ningún caso a cinco votos sociales, sin que se puedan atribuir a un solo socio más de un tercio de votos totales de la cooperativa).

b') Competencias y composición. En este sentido, la LGC respetaba la gestión democrática de la sociedad cooperativa —cuando menos en la de primer grado, ya que en las de segundo grado puede optarse por la vía de la representación—, al considerar a la Asamblea General compuesta por «la reunión de los socios… para deliberar y tomar acuerdos como órgano supremo de expresión de la voluntad social» (art. 42.1 LGC) y atribuirle competencia genérica sobre «Todos los asuntos propios de la Cooperativa», los cuales, «aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales podrán ser objeto de debate y acuerdo de la Asamblea General» (art. 43.1 LGC).

En la vigente normativa general ese órgano deja de tener la posición preeminente que la específica gestión democrática de la cooperativa exige. Ahora tal órgano, si bien sigue configurándose también como reunión de los socios, modifica su naturaleza y competencias. Respecto de la primera desaparece la calificación de órgano supremo de expresión de la voluntad social y, como consecuencia, aquel órgano deja de tener la anterior competencia genérica propia de su naturaleza, siendo actualmente su objeto «deliberar y adoptar acuerdos sobre aquellos asuntos que, legal o estatutariamente, sean de su competencia…» (art. 20.1 LC). De esta restricción se deriva, también de forma coherente, que la competencia de la Asamblea alcance ahora en principio a fijar la «política general de la cooperativa» y a «debatir sobre cualquier asunto de interés para la misma…», pero con el decisivo límite de que «únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social» (art. 21.1 LC).

El recorte de competencias de la Asamblea General incrementa ahora las correspondientes al Consejo Rector, cuya composición también ha variado en la LC, contribuyendo ambas modificaciones al detrimento de la gestión democrática de las cooperativas.

En la legislación precedente la composición del Consejo obedecía a parámetros de genuina democracia, dado que sus miembros debían ser elegidos por la Asamblea General entre los socios de la cooperativa personas físicas no sujetos a las incompatibilidades legalmente establecidas (arts. 55.3 y 56.1 y 3

LGC), si bien en las cooperativas con más de cincuenta trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido o en las que tuvieran una plantilla inferior si lo preveían sus estatutos, uno de ellos, elegido por el Comité de Empresa o los Delegados de Personal, había de formar parte del Consejo Rector como miembro vocal. La vigente norma general mantiene esta forma de elección y composición de dicho órgano, pero introduce una modificación de alcance facultando a la cooperativa para que sus estatutos puedan admitir «el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socios, en número que no exceda de un tercio del total, y que en ningún caso podrán ser nombrados Presidente ni Vicepresidente» (art. 34.2 LC).

b) Participación económica

Uno de los criterios por los que se rige el principio de participación económica es el de asignación de los excedentes de la cooperativa en proporción a las actividades propias de la misma realizadas por cada socio. Este criterio se recoge en la norma general vigente mediante la figura del retorno cooperativo, respetuosa con ese criterio proporcional (art. 58.3 y 4 LC), lo que supone que en ningún caso puede hacerse efectivo dicho retorno en función de las aportaciones del socio al capital social, tal como señalaba la anterior LGC (art. 85.1). No obstante y a diferencia de lo dispuesto en la anterior regulación [arts. 84.b) y 85.1 LGC], ahora se permite la dotación de fondos de reserva voluntarios que pueden tener carácter irrepartible o repartible (art. 58.3 LC), sin que el posible reparto esté expresamente limitado por aquel criterio, lo que debilita claramente el mencionado principio, pudiendo por tanto realizarse en función del capital social aportado.

VI. PARTICIPACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Clases y regulación constitucional

Desde la perspectiva constitucional, no existe impedimento alguno para el anclaje en la CE de un doble cauce participativo de los funcionarios, la participación en la gestión y la participación institucional, puesto que ese colectivo no es ajeno al mandato que contiene el principio de participación de todos de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). Los fundamentos constitucionales de ese doble cauce participativo coinciden parcialmente con el estudiado para los trabajadores asalariados.

En el marco de la participación en la gestión, de un lado, la participación directa a través del derecho de reunión, encuentra cobertura específica, cuando se trata de la reunión en asamblea, en el estatuto de los funcionarios, cuya regulación encomienda la norma fundamental a la ley (art. 103.3 CE), en tanto que, respecto de la reunión sindical, el soporte normativo es común con el aplicable a los trabajadores (arts. 7 y 22.1 CE). De otro lado, en ese mismo marco, la participación indirecta, encauzada mediante el derecho de representación colectiva, se asienta para la representación unitaria en el mencionado estatuto funcionarial (art. 103.3 CE), compartiendo la representación sindical el mismo apoyo normativo que el dispensado a los trabajadores asalariados (arts. 7 y 28.1 CE).

Debe advertirse que en el ámbito del empleo público, comprensivo de los funcionarios y trabajadores en régimen laboral (art. 8 EBEP), es inviable instaurar mecanismos de autogestión, por dos razones principales de orden constitucional. En primer lugar, porque la norma fundamental atribuye a Administración Pública el servicio objetivo de los intereses generales (art. 103.1 CE), en tanto que la representación unitaria defiende intereses colectivos pero sectoriales. En segundo lugar, por la mayor legitimidad democrática de que goza indirectamente la Administración Pública en cuanto que su dirección política corresponde al Gobierno del Estado (art. 97 CE), que surge del proceso de elecciones generales. Igual razonamiento ha de

aplicarse en la esfera de las Administraciones autonómicas y de los legítimos intereses a los que sirven en sus territorios, de acuerdo con lo dispuesto en sus estatutos. En consecuencia y conforme a la distinción ya trazada (supra I, 1), la participación en la gestión en el ámbito del empleo público sólo puede ser limitada, excluyéndose por tanto la participación plena mediante la autogestión o mecanismos asimilados.

La participación institucional, articulada a través de la representación colectiva de los funcionarios, tiene también su encaje en el artículo 129.1 CE, pudiendo configurarse con un carácter estructural por la vía de los entes u organismos públicos en que se halle establecida o con un carácter coyuntural mediante la concertación social entre aquella representación y los poderes ejecutivos, tanto centrales como autonómicos.

2. Representación unitaria de los funcionarios

Con carácter general, se reconoce a los empleados públicos (funcionarios y trabajadores en régimen laboral, como ya se ha señalado) el derecho de representación (art. 31.1 EBEP), aunque el mismo no esté incluido entre los derechos individuales de ejercicio colectivo contemplados en el artículo 15 EBEP. Pese a que tampoco el EBEP lo especifique, debe entenderse que ese derecho es el de representación unitaria, ya que el derecho de representación sindical en la empresa o en los centros de trabajo, públicos o privados, ya está regulado por la norma de rango adecuado, esto es, por la LOLS (arts. 8 y 10). Al régimen jurídico de la representación unitaria de los funcionarios se destinan los ar-tícu-los 39 a 44 EBEP, con una regulación muy semejante a la establecida para esa representación en el ámbito de las empresas o centros de trabajo, de la que se ha tomado el modelo para los funcionarios. A pesar de la similitud, existen algunas diferencias en relación a éstos que afectan al concepto de representación unitaria, a los órganos de representación, a las unidades electorales, a los derechos y competencias y a las garantías.

A) Concepto de representación unitaria

Suministra la ley un concepto específico de lo que haya de entenderse, a sus efectos, por representación de los empleados públicos, que se configura como «la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus empleados» (art. 31.3 EBEP). La noción es incompleta si referida, como lo está, a la figura de dicha representación, dado que la misma no se ciñe tan sólo a la mencionada facultad, sino que comprende asimismo, el conjunto de derechos, competencias y garantías necesarios para desarrollarla, de forma que no es únicamente la interlocución lo que se instrumenta, pues también se regulan competencias que la exceden, como sucede con la legitimación para llevar a cabo acciones administrativas o judiciales en todo lo que concierne a sus funciones (art. 40.2 EBEP).

B) Órganos de representación

Como órganos específicos de representación unitaria de los funcionarios se crean los Delegados de Personal y las Juntas de Personal (art. 39.1 EBEP), si bien su número es igual al establecido para la representación unitaria de los trabajadores asalariados [supra II, 1, A)]. Con la creación de estos órganos se pretende deslindar los dos tipos de representación unitaria que confluyen en las AAPP: la funcionarial y la laboral, sin que, a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva (Capítulo 20, II, 2), pueda existir ninguna mixtura entre las mismas, al regirse el personal laboral de las AAPP por la legislación laboral y los preceptos del EBEP que así lo dispongan (art. 7 EBEP), disposición expresa inexistente sobre este extremo.

A fin de dotar de seguridad jurídica a su organización y funcionamiento, se crea en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un Registro de Órganos de Representación del Personal al servicio

de la Administración General del Estado y de sus organismos, agencias, universidades y entidades dependientes, disponiendo, al tiempo, la creación de registros de esta naturaleza por parte de las CCAA (art. 13 RDL-MESFO). En dichos registros se inscribirán o anotarán una serie de actos que afectan a distintas materias relacionadas con aquellos órganos o con las Secciones Sindicales (por ejemplo, su creación, modificación o supresión, o cesiones de créditos horarios).

C) Unidades electorales

En consideración a la singular estructura organizativa de las AAPP, la norma contempla el establecimiento de unidades electorales en las que habrán de elegirse los órganos específicos de representación unitaria de los funcionarios a los que se ha hecho alusión. A diferencia de la normativa anterior, que regulaba con pormenor el número de dichas unidades, ahora el EBEP, más respetuoso con el carácter de bases del régimen estatutario de sus disposiciones conforme a lo establecido en el artículo 148.1.18.ª CE (Disp. Final 1.ª EBEP), remite la regulación de dichas unidades al Estado y a las CCAA, dentro del ámbito de sus competencias legislativas. En este sentido, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas y con suficiente representatividad (arts. 6 y 7 LOLS), los órganos de gobierno de las AAPP podrán modificar o establecer las referidas unidades atendiendo al número y peculiaridades de sus colectivos y adecuando su configuración a las estructuras administrativas o ámbitos de negociación constituidos o que puedan constituirse (art. 39.4 EBEP).

En el ámbito de la Administración General del Estado ya han sido creadas dichas unidades mediante el artículo 12 RDL-MESFO (por ejemplo, una por cada uno de los Departamentos ministeriales). Estas unidades han sido objeto de reforma por el artículo 6 RDL-MORSO a fin de reajustar su estructura, con vigencia a partir del 1 de marzo de 2015, fecha en que todos los mandatos vigentes o prorrogados debían extinguirse como consecuencia de la elección de nuevos órganos de representación, lo que se produjo, con carácter general, el 18 de junio de 2015.

D) Derechos y competencias

Bajo la genérica denominación de «funciones» se regulan en realidad derechos y competencias atribuidas a los órganos de representación unitaria de carácter informativo, consultivo y de vigilancia semejantes a los contemplados para los trabajadores con contrato de trabajo (art. 40 EBEP). No obstante, debe observarse que el catálogo de tales derechos y competencias es más reducido en comparación con el que corresponde a dichos trabajadores. La razón básica de ello obedece a la inaplicación a los funcionarios de las normas reguladoras de los expedientes de regulación de empleo en materia de reducción de jornada, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo. Con todo, se recoge la función (rectius derecho) de emisión de informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo [art. 40.1.b) EBEP].

Singularidad destacable en este terreno es la inexistencia del derecho de negociación colectiva por parte de los órganos de representación unitaria de los funcionarios, al estar la misma atribuida de forma exclusiva a las organizaciones sindicales representativas (arts. 33 y 36 LOLS).

E) Garantías

No se recoge la garantía para los representantes unitarios de prioridad de permanencia, dado que en el ámbito funcionarial no existe, según acaba de señalarse, la suspensión o la extinción colectivas de la relación de servicio por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. La ausencia de esta garantía es objetable en el supuesto de que el empleador público ejerza su facultad de traslado de los fun-

cionarios por necesidades del servicio o funcionales (art. 81.2 EBEP), teniendo en cuenta que el traslado puede tener carácter individual o colectivo.

Por otra parte, y del mismo modo que se ha operado para el personal laboral, como medida de reducción del déficit público en el marco de la crisis económica, las ampliaciones del número legal de horas que, a título de crédito horario, se hayan acordado en pactos y acuerdos colectivos para los representantes unitarios y sindicales de los funcionarios, quedan reducidas al número establecido en la escala legal [art. 41.1.d) EBEP] a partir del 14 de julio de 2012 (art. 10 RDL-MESFO).

3. Representación sindical

La raíz común de la libertad sindical para funcionarios y personal laboral explica que la regulación de la representación sindical de los primeros disponga de los mismos órganos (Secciones Sindicales y Delegados Sindicales), derechos, competencias, garantías y deber de sigilo que la LOLS establece para los segundos (supra II, 2).

4. Participación institucional

La participación institucional de los funcionarios únicamente se define por la ley sin abordar su regulación. Se entiende por tal «el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine» (art. 31.4 EBEP).

La falta de regulación podría explicarse porque dicha participación, del mismo modo que sucede en el ámbito del personal laboral, ha de encauzarse a través de ciertas organizaciones sindicales, dependiendo el ejercicio del referido derecho del alcance participativo que les reconozca dicha regulación conforme a su distinto grado de representatividad (arts. 6 y 7 LOLS). Máxime teniendo en cuenta que, si bien a los sindicatos más representativos no se les puede negar la participación al ostentar el derecho de representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de CA que la tengan prevista [art. 6.3.a) LOLS], no sucede lo mismo con los sindicatos dotados de suficiente representatividad, que carecen de tal derecho (art. 7.2 LOLS). Sin embargo, esa explicación decae ante el tenor literal del transcrito artículo 31.4 EBEP, que se refiere a las «organizaciones sindicales» sin más, por lo que el legislador no parece que pueda excluir a ninguna con implantación en el ámbito funcionarial, cupiéndole tan sólo determinar su participación con un criterio proporcional que atienda al grado de representatividad de cada una de ellas. Ello evidencia que, diversamente a lo que algún autor ha apuntado, no se está aquí ante un derecho que interese más a los sindicatos que a los propios empleados públicos, pues el legislador no ha desconocido en este terreno la doctrina constitucional que les atribuye, como ya se vio, la condición de organizaciones de relevancia constitucional.

Especialidad de la participación institucional de los funcionarios es la que determina que los órganos en los que pueden estar presentes los sindicatos son tan sólo los «de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine», por lo que queda excluida dicha participación en órganos consultivos, que no es infrecuente en el ámbito del personal laboral.

5. Derecho de reunión de los empleados públicos

En coherencia con el reconocimiento del derecho de reunión a los empleados públicos en cuanto derecho individual de necesario ejercicio colectivo [art. 15.e) EBEP], modificando la disciplina anterior se procede a regularlo de forma unificada en el artículo 46 EBEP. La regulación es muy sucinta, apartándose así de la establecida en el ámbito laboral para la reunión en asamblea (supra IV), aunque es coincidente en cuanto al tiempo de celebración (fuera de las horas de trabajo, salvo pacto en contrario), a la evitación de perjuicios para la prestación de los servicios y a la responsabilidad de los convocantes en su normal

desarrollo. La parquedad puede explicarse por la condición de bases del régimen estatutario funcionarial que tiene atribuido el EBEP y el espacio normativo que debe dejarse a las Administraciones autonómicas para su desarrollo. Con todo, no puede ignorarse el riesgo que ello conlleva en relación con la diferenciada exigencia de aspectos relevantes del ejercicio del derecho, como son, a modo de ejemplo, los requisitos para su celebración, la frecuencia de las mismas o la mayoría exigida para la adopción de los acuerdos.

Un rasgo diferencial de esta regulación para los empleados públicos es el relativo a la legitimación para convocarlas, atribuida a un elenco mayor de sujetos que en el ámbito del personal laboral: las organizaciones sindicales, directamente o a través de los Delegados Sindicales, los Delegados de Personal, las Juntas de Personal, los Comités de Empresa y los empleados públicos de las Administraciones respectivas en número no inferior al 40 por 100 del colectivo convocado. La enumeración de sujetos legitimados no significa que todos ellos puedan convocar cualquier clase de reuniones, ya que tal legitimación debe corresponderse con el carácter de la representación que ostenta cada uno, de modo los representantes unitarios y los funcionarios que reúnan el citado porcentaje podrán convocar asambleas de todo personal, en tanto que los representantes sindicales habrán de circunscribir la reunión a sus afiliados en el centro de trabajo.

Un segundo rasgo propio de dicha regulación es la referencia a que «Las reuniones en el centro de trabajo se autorizarán fuera de las horas de trabajo» (art. 46.2 EBEP), si bien debe entenderse que dicha autorización no se puede calificar en rigor como tal al venir impuesta por la norma cuando concurra ese requisito temporal.

BIBLIOGRAFÍA

I. Participación y representación de los trabajadores y de los funcionarios

AAVV: «Modelos de participación de los trabajadores en la empresa», *RMTAS*, n.º 43/2003.

Álvarez Alcolea, M.: «Participación del trabajador en la empresa y Constitución», en AAVV: *El trabajo en la Constitución. (II Coloquio sobre Relaciones Laborales)*, Zaragoza, 1982.

Baylos Grau, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en Aparicio Tovar, J., y Baylos Grau, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992.

Comín Oliveres, A., y Gervasoni Vila, L. (coords.): *Democracia económica. Hacia una alternativa al capitalismo*, Barcelona, 2009.

Dahl, R. A.: *La democracia económica. Una aproximación*, Barcelona, 2002.

De la Villa Gil, L. E.: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1980.

Fernández Steinko, A.: *Democracia en la empresa*, Madrid, 2000.

García Becedas, G.: *Democracia y relaciones laborales*, Madrid, 1982.

Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*, Madrid, 1993.

Mora Cabello de Alba, L.: *La participación institucional del sindicato*, Madrid, 2008.

Ojeda Avilés, A.: *La cogestión de las grandes empresas en Europea. La experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976*, Sevilla, 1978.

— *Los Consejos Económicos y Sociales*, Madrid, 1992.

Rivero Lamas, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1986.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», *RPS*, n.º 121/1979.

— «El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social», en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada, 2002.

Uriarte Torrealday, R.: *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Granada, 2005.

Valdés Dal-Ré, F.: «Democracia industrial en Europa. Balance de un debate», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

II. Representación de los trabajadores en la empresa. Clases y régimen jurídico

Albiol Montesinos, I.: *Comités de empresa y delegados de personal*, Bilbao, 1992.
— *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*, Valencia, 1995.
Álvarez Cuesta, H.: *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada, 2006.
Álvarez de la Rosa, M.: *La organización del sindicato en los lugares de trabajo. (Empresa y Administración Pública)*, Madrid, 1991.
Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Granada, 2001.
Alzaga Ruiz, Í.: «Libertad de expresión de los representantes de os trabajadores y derecho al honor del empresario», *AL*, 2004-I.
Barreiro González, G.: *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1984.
Bercovitz, R.: «La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, n.º 6/1981.
Blasco Pellicer, C.: *El nuevo procedimiento de «elecciones sindicales»: aspectos críticos*, Valencia, 1995.
Boza Pro, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Valencia, 1997.
Calvo Galleo, F. J.: *El arbitraje en las elecciones «sindicales»*, Valencia, 1997.
Casas Baamonde, M. E.: «Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», *REDT*, n.º 17/1984.
— *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*, Madrid, 1984.
Cuevas López, J.: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Pamplona, 1982.
Cruz Villalón, J.: *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid, 1992.
Del Valle Villar, J. M.: «El control del cumplimiento de la normativa laboral por los representantes de los trabajadores, *DL*, n.º 40/1993.
García Murcia, J.: «Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia», *REDT*, n.º 15/1983.
Garrido Pérez, E.: *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1995.
— «La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995», *RL*, n.º 20/1997.
Gómez Caballero, P.: *La participación de los trabajadores y de los funcionarios en la prevención de los riesgos laborales*, Sevilla, 2003.
Luján Alcaraz, J.: *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Madrid, 2003.
Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: «El incumplimiento del trámite de audiencia del delegado sindical y la nulidad del despido», *RL*, n.º 3/1989.
Merrifierd, L. S.: «La participación del trabajador en las decisiones de las empresas», *REDT*, n.º 12/1982.
Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1992.
Montoya Melgar, A.: *La representación sindical en la empresa*, Sevilla, 1968.
Palomeque López, M. C.: «El comité de empresa y sus competencias», *REDT*, n.º 100/2000.
— «La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)», *REDT*, n.º 133/2007.
Purcalla Bonilla, M. Á., y Rodríguez Sánchez, R.: «Notas sobre la figura del Delegado de Prevención», *RL*, n.º 20/1997.

Pérez Amorós, F.: «Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa», *RL*, n.º 13/1988.
— *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa según la Ley 2/1991*, Barcelona, 1993.
Prados de Reyes, F. J.: «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución y sistemas», *RL*, n.º 7/1991.
Quintanilla Navarro, B.: *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Valencia, 1999.
Rodríguez-Piñero, M.: «Representación electiva y representación sindical en la empresa», *RL*, n.º 4/1985.
Sáez Lara, C.: *Representación y acción sindical en la empresa*, Madrid, 1992.
Sempere Navarro, A. V., y Pérez Campos, A. I.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores. (Estudio del artículo 68 ET)*, Pamplona, 2004.
Tudela Cambronero, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1991.

III. Representación de los trabajadores en el ámbito comunitario

AAVV: *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007.
Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea. (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», *REDT*, n.º 17/2003.
Cruz Villalón, J.: «La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria», *RL*, 1994-II.
Esteban Velasco, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, 1982.
Fernández Docampo, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Valencia, 2006.
Garrido Pérez, E.: «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *RDS*, n.º 17/2002.
Gómez Gordillo, R.: *El comité de empresa europeo. Un estudio jurídico*, Madrid, 2003.
Mercader Uguina, J. R.: «Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», *RL*, 1997-II.
Sáez Lara, C.: «La directiva 94/45, sobre el comité de empresa europeo y su transposición al Derecho español», *REDT*, n.º 78/1986.
Terradillos Ormaetxea, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación*, Madrid, 2000.
Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo Derecho comunitario», *RL*, n.º 11/2003.

IV. Derecho de reunión en la empresa

García Becedas, G.: «Asambleísmo y representatividad sindical», *DL*, n.º 25/1988.
Limón Luque, M. Á.: *Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa*, Madrid, 1996.
Monereo Pérez, J. L.: «Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa», *AL*, 1992-II.
Prados de Reyes, F. J.: «El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa», *REDT*, n.º 9/1982.

Serrano Carvajal, J.: «La asamblea de trabajadores. (En torno a los 77 a 80)», *REDT*, n.º 100/2000.

V. Autogestión de la empresa: sociedades cooperativas

Barea Tejeiro, J., y Monzón Campos, J. L.: *Libro Blanco de la Economía Social en España*, Madrid, 1992.
Divar Garteiz-Aurrecoa, J.: *Las cooperativas: una alternativa económica*, Madrid, 2011.
Espín Sáez, M.: *El socio trabajador. Criterios para sistematizar la realidad del autoempleo colectivo*, Madrid, 2009.
García Jiménez, M.: *Autoempleo: trabajo asociado y trabajo autónomo*, Madrid, 2008.
López Gandía, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, 2006.
Monzón Campos, J. L.: *Las cooperativas de trabajo asociado en la literatura y en los hechos*, Madrid, 1989.
Rojo Torrecilla, E.: «Empresa de trabajo asociado y política de fomento del empleo. (Análisis normativo y resultados)», en Vidal Martínez, I., y Rojo Torrecilla, E. (coords.): *Asociacionismo económico y mercado*, Barcelona, 1988.
Valdés Dal-Ré, F.: *Las cooperativas de producción. (Un estudio sobre el trabajo asociado)*, Madrid, 1975.

VI. Participación de los funcionarios en el ámbito de la administración pública

AAVV: *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*. (Capítulo segundo), Sevilla, 1990.
Casas Baamonde, M. E.: «Los derechos de representación unitaria en la función pública», *RL*, n.º 11/1986.
Del Rey Guanter, S.: *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988.
Escudero Rodríguez, R.: «Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *RL*, n.º 15/1987.
Fernández Domínguez, J. J.: «Derecho A la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión», en Palomar Olmeda, A., y Sempere Navarro, A. V. (dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2009.
Piñar Mañas, J. L.: «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *REDA*, n.º 65/1990.
Rodríguez-Piñero, M.: «Dualismo representativo en el empleo público», *RL*, n.º 18/1987.
— «La participación del personal en el empleo público», *RL*, n.º 19/1987.
Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borrego, G.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995.
Sala Franco, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en Sánchez Morón, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007.

CAPÍTULO 17:
CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO: CARACTERIZACIÓN, MEDIDAS, MEDIOS Y PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN

I. CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO: CARACTERIZACIÓN, CLASES Y MEDIDAS

1. Concepto y fundamento

A) Concepto

La definición que conviene al CCT es aquella que lo conceptúa como toda confrontación laboral manifestada en el ámbito de las relaciones de trabajo dependiente en torno a un interés de orden colectivo. De la anterior noción derivan los caracteres que delimitan esta modalidad conflictual.

a) Laboralidad del conflicto

Se proyecta sobre un doble ámbito, subjetivo y objetivo.

a') Ámbito subjetivo. La confrontación ha de ser laboral en el sentido de estar referida a aquellas que surjan en el ámbito de las relaciones de trabajo, en su acepción jurídico-material, comprensiva tanto de los trabajadores dependientes (asalariados y TRADE) como de los funcionarios. Aunque los CCT en que estos últimos intervienen, tengan una regulación parcialmente diferenciada respecto de los protagonizados por los trabajadores, ello no impide calificar conceptualmente tales controversias como CCT.

La controversia también se estima laboral cuando CCT se dirige no contra el empleador o empleadores, sino contra los poderes públicos (legislativo y ejecutivo). Ciertamente, la pugna se produce usualmente entre trabajadores (en el sentido señalado) y empleador o empleadores. Pero las acciones o abstenciones de los poderes públicos con incidencia en las relaciones de trabajo dependiente también pueden generar el despliegue de actividad conflictual colectiva (por ejemplo, huelga frente a una norma que endurezca los requisitos para el reconocimiento de pensiones o de prestaciones por desempleo).

b') Ámbito objetivo. La confrontación ha de versar sobre materia laboral, quedando por consiguiente excluida cualquiera otra que sea ajena a los intereses sociales y económicos de los trabajadores vinculados a dicha materia (tal sería el caso, por ejemplo, de una manifestación ciudadana contra la construcción de un establecimiento penitenciario).

b) Pluralidad de trabajadores

El CCT requiere también la presencia de una pluralidad de sujetos afectados, si bien únicamente respecto de la posición jurídica de los trabajadores en conflicto, puesto que del lado empresarial dicho conflicto puede ser promovido tanto por un grupo o asociación de empleadores como por un empleador individualmente considerado. Esto último se aprecia claramente, por ejemplo, en la vigente regulación del cierre empresarial (art. 12.1 DLRT) y de la legitimación activa para promover la modalidad procesal de conflictos colectivos [art. 154.c) LJS].

Esta pluralidad de sujetos permite distinguir, como seguidamente se verá, el CCT del conflicto laboral individual, que confronta a cada trabajador individual con su empresario sin que la controversia se extienda a otros trabajadores.

c) Interés colectivo

La existencia de una pluralidad de trabajadores afectados es una condición necesaria para la existencia del CCT, pero no suficiente. Para que la noción del mismo quede cabalmente integrada es necesario que en dicho conflicto concurra un interés colectivo, es decir, un interés que afecte globalmente a un grupo o categoría de trabajadores comprendidos en una misma situación conflictiva y, por ello, considerados en su conjunto o de modo abstracto o indeterminado. Queda así delimitado el CCT del conflicto individual y del conflicto plural de trabajo.

Del conflicto individual, dado que en el CCT no se ventila el interés individual y concreto de un trabajador, aunque ese interés pueda, en ocasiones, tener una repercusión colectiva (por ejemplo, la valoración de un puesto de trabajo o la percepción de un complemento salarial que puede afectar a varios trabajadores), sino el colectivo del aquel grupo o categoría de trabajadores.

Del conflicto plural, porque el interés colectivo que se dilucida mediante el CCT no constituye la mera suma de los intereses particulares de los trabajadores como sucede en el conflicto plural, en el que, aun teniendo también una repercusión colectiva, sólo existe una yuxtaposición de controversias que no han buscado la globalización de sus intereses y que los órganos de la jurisdicción social acumulan por un principio de economía procesal (acumulación de procesos: arts. 28 a 32 LJS).

La confluencia o aglutinación de intereses en el CCT mediante la argamasa de un interés colectivo común de los trabajadores afectados, tiene indudable importancia práctica en orden al planteamiento de tales conflictos. La razón de ello es que, cuando menos del lado de los trabajadores, la tutela de aquel interés colectivo sólo puede ser llevada a cabo por sujetos colectivos que asuman dicho interés (ya sean representantes sindicales o unitarios) y a través de procedimientos que posibiliten una solución conjunta del CCT, es decir, una solución cuyos efectos jurídicos se extiendan a la totalidad del grupo o categoría de trabajadores afectados por el mismo [arts. 18.1.a) y 24 DLRT y 151 y 154.a) y c) y 160.3 LJS].

B) Fundamento

El fundamento mediato del CCT reposa sobre la estructuralidad del antagonismo que enfrenta al empleador y al trabajador dependiente en la relación de trabajo, como consecuencia de las distintas posiciones económica y jurídica que cada uno de ellos ocupa en dicha relación. El fundamento inmediato debe buscarse en el principio de autotulela colectiva [Capítulo 15, I, 3, B)], que permite utilizar lícitamente a aquellos sujetos las medidas de conflicto colectivo legalmente reconocidas que mejor protejan y promocionen sus intereses.

2. Clases

De las distintas clasificaciones que puede formularse de los CCT, la que probablemente tiene mayor trascendencia jurídica práctica en orden a la determinación de las vías o procedimientos aptos para su solución, es la que, atendiendo al objeto de la controversia, distingue entre conflictos colectivos jurídicos y conflictos colectivos de reglamentación, denominación esta última preferible a la que los califica como económicos o de interés, pues no puede dudarse que en los conflictos colectivos jurídicos siempre está presente un determinado interés de los litigantes y, con frecuencia, también un interés de orden económico.

En los conflictos colectivos jurídicos o de aplicación el objeto del conflicto deriva de discrepancias relativas a la aplicación e interpretación de una norma preexistente al conflicto. Se trata, por tanto, de determinar el alcance y el contenido de la disposición controvertida. La vigencia de la norma no es cuestionada, únicamente se discrepa respecto de su aplicación y consiguiente interpretación. Estando limitada de este modo la controversia, el conocimiento y solución de estos conflictos se encomienda a los órganos judiciales del orden social [arts. 25.a) DLRT y 153 a 162 LJS].

El objeto del conflicto se desplaza en los colectivos de reglamentación sobre la creación de una nueva norma o sobre la modificación de la existente. Aunque no con exclusividad, estos conflictos surgen típicamente en los procesos de negociación colectiva (por ejemplo, huelga durante la negociación de un convenio colectivo por la discrepancia surgida en torno a determinados aspectos de su contenido). En consecuencia, la solución de estos conflictos no se atribuye a los órganos judiciales, sino que se encomienda bien al acuerdo de las propias partes, ya sea de modo plenamente autónomo (negociación colectiva), ya sea de modo parcialmente autónomo con ayuda de un tercero (conciliación o mediación), bien a la decisión de un tercero en virtud de acuerdo logrado al efecto por las partes o en virtud mandato legal (arbitraje voluntario u obligatorio).

3. Medidas de conflicto colectivo

A) Concepto

Las medidas conflictivas se configuran como determinadas acciones de presión unilateral admitidas por el ordenamiento, que los sujetos del CCT utilizan a fin de lograr una solución favorable a sus propios intereses. La medida conflictiva es, en realidad, un instrumento de presión mediante el que se pone de manifiesto la existencia de un CCT. La medida conflictiva no se configura como un fin en sí misma, sino tan sólo como una herramienta para lograr que el conflicto se resuelva de acuerdo a los intereses de la parte que utiliza la medida conflictual o, cuando menos, para lograr que en su solución se tengan en cuenta tales intereses en la mayor medida posible.

B) Clases

Trabajadores y empresarios disponen de un conjunto de medidas conflictuales colectivas. Algunas de ellas tienen reconocimiento legal, por lo que su posible ilicitud deriva de una utilización por sujetos no legitimados o al margen de las determinaciones establecidas en la regulación de su régimen jurídico. Otras medidas, por el contrario, contravienen en todo caso la normativa vigente. De todas ellas puede destacarse las que poseen mayor trascendencia.

a) De los trabajadores

- La huelga, medida conflictual colectiva que la CE eleva por vez primera a la máxima categoría de derecho fundamental (art. 28.2 CE).

- Los denominados piquetes informativos en relación con las reivindicaciones que dan origen al conflicto y que suelen acompañar al desarrollo de la huelga. Se trata de una facultad colectiva derivada del ejercicio del derecho de huelga, que puede considerarse como medida conflictual de acompañamiento a ese derecho y cuyo licitud requiere que la publicidad de la huelga y la recogida de fondos en que consiste su contenido se realicen de forma pacífica y sin coacción alguna [art. 6.6 DLRT y Capítulo 18, III, 3, B)].
- El ejercicio de los derechos constitucionales que instrumentalmente canalicen el conflicto, en particular los de libertad de expresión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE).
- El trabajo lento o de bajo rendimiento, que se presume acto ilícito por tratarse de una forma de alteración colectiva en el régimen del trabajo distinta a la huelga [art. 7.2 DLRT y Capítulo 18, III, 4, B)]. Se trata de una presunción iuris tantum de ilicitud, por lo que admite prueba contraria.
- El boicot, mediante el que, en su faceta lícita, se procura persuadir a terceros (usuarios, consumidores, suministradores) a fin de que eviten mantener relaciones comerciales con el empresario o empresarios frente a los que se plantea la medida conflictiva. Su licitud exige que se realice sin coacción ni amenaza.

b) De los empresarios

- La principal medida conflictiva es el cierre patronal o lock-out, que tiene su encaje en el artículo 37.2 CE.
- Los poderes directivo y disciplinario empresarial, aun regularmente ejercidos, pueden considerarse por los trabajadores afectados como medidas generadoras de conflicto colectivo. Por ejemplo, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o los despidos colectivos.
- El ejercicio de los derechos constitucionales, singularmente los de libertad de expresión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE), pueden materializar medidas conflictuales de orden colectivo.
- El fomento de esquirolaje, a través de la contratación de trabajadores no pertenecientes a la empresa en conflicto, práctica ilegal salvo que el comité de huelga no garantice la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas (art. 6.5 DLRT).
- La confección y circulación de «listas negras» de trabajadores entre empresas de un sector o demarcación territorial determinada, en las que se incluyen aquéllos, sindicados o no, que se han significado a través de su defensa y protección de los derechos laborales, a fin de que se rechace la contratación de los mismos, es, en todo caso, una práctica antisindical y discriminatoria [arts. 14 CE, 4.2.c) y 17.1 ET y 12 LOLS].

4. Derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo

A) Caracterización

El derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo se reconoce de forma genérica por la CE a favor de los trabajadores y empresarios (art. 37.2). Este reconocimiento se acompaña en el propio artículo de un mandato a fin de que la ley que regule el ejercicio del derecho, incluya, sin perjuicio de otras limitaciones, las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. De acuerdo con ese precepto, trabajadores y empresarios están facultados para adoptar cualquier medida conflictiva que no contravenga la CE ni el resto del ordenamiento jurídico.

A este respecto, hay que señalar que en el marco del referido artículo 37.2 CE no debe entenderse incluido el derecho de huelga, puesto que éste dispone ya de un expreso reconocimiento en otro precepto del texto fundamental, el artículo 28.2 CE, con las distintas consecuencias aplicativas y protectoras que de esa distinta ubicación se derivan. Por consiguiente, el artículo 37.2 CE no constituye reiteración parcial del artículo 28.2 CE y la separación entre ambos preceptos ha de quedar claramente establecida por lo que respecta a su alcance y contenido (STC 11/1981).

B) Sujetos

a) Trabajadores y empresarios

Los trabajadores y los empresarios, individualmente considerados son titulares de las facultades que en ese plano integran el derecho (adherirse o no a la medida conflictiva planteada, participar en su desarrollo y dar por terminada la participación). No obstante, el ejercicio del derecho es necesariamente colectivo, pues esta misma proyección tienen las medidas que el derecho ampara.

b) TRADE

La inaplicación a los TRADE de la normativa laboral, salvo disposición expresa en contrario (Disp. Final 1.ª ET y art. 3.3 LETA), comporta que el artículo 37.2 CE no se les aplique. Sin embargo, la cercanía conceptual y práctica de los TRADE con los trabajadores asalariados desemboca en el reconocimiento a los primeros del derecho a «Ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales» [art. 19.1.c) LETA]. En la amplia dicción de este precepto tiene cabida, de seguro, la titularidad individual de derechos constitucionales de ejercicio colectivo para aquella defensa, tales como los de reunión o manifestación. Del mismo modo, puede entenderse que el ejercicio de la actividad colectiva reconocida en este último precepto estatutario configura una disposición expresa que permite anclarlo en el artículo 37.2 CE, dado que este precepto utiliza el término «trabajadores» sin ulterior calificativo.

c) Funcionarios

La inclusión de los funcionarios en el artículo 37.2 CE suele negarse por la doctrina mayoritaria por cuanto en el mismo se alude conjuntamente a «trabajadores» y «empresarios». El argumento no es concluyente, pues ya se apuntó que la CE utiliza el término trabajadores en un sentido atécnico en materia de derechos colectivos o de dimensión colectiva de los funcionarios, como lo evidencian los artículos 7 y 28.2 CE, a partir de los cuales es pacífica la admisión para ellos de los derechos de libertad sindical y de huelga, salvo colectivos específicos. Por lo que se refiere a la referencia en dicho precepto a los empresarios, no es tampoco razón incontrovertible dado que las AAPP actúan como empleador en la relación de trabajo de los funcionarios —tanto en el plano individual como colectivo de la misma— y no como poder público revestido de determinadas potestades, aunque algunas de ellas tengan reflejo en dicha relación.

La aplicación del artículo 37.2 CE a los funcionarios, con las salvedades expresamente establecidas en la ley, ha encontrado ulterior sustentación en el reconocimiento a aquéllos, entre los derechos individuales ejercidos colectivamente, del derecho «Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso» [art. 15.d) EBEP]. Cláusula remisiva a la especifica regulación funcionarial en este punto que no les impide disponer de la cobertura del artículo 37.2 CE, compartida con los trabajadores asalariados, máxime si se tiene en cuenta que del contenido esencial de la libertad sindical colectiva de los sindicatos, también de los que afilian funcionarios, forma parte el derecho al planteamiento de conflictos colectivos [art. 2.2.d) LOLS] y que para los sindicatos este derecho legal deriva del derecho constitucional contemplado en el referido artículo 37.2 CE.

En todo caso, debe señalarse que perteneciendo los derechos contemplados en los artículos 37.2 y 28.2 CE al género de los conflictos colectivos, los mismos colectivos de funcionarios que quedan al margen del derecho de huelga, y por iguales razones, están imposibilitados para ejercer el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, por lo que este punto debe completarse con lo que se expondrá en su momento respecto de la titularidad del derecho de huelga de los funcionarios [Capítulo 18, III, 1, B)].

C) *Límites y contenido*

Al margen de los límites derivados de los derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos y de los que cada específica medida conflictual colectiva tenga establecidos, el derecho en estudio queda expresamente sometido al límite objetivo derivado del «funcionamiento» de los servicios esenciales de la comunidad (art. 37.2 CE), que «la ley que regule» el ejercicio del derecho debe incluir, sin perjuicio de otras limitaciones que pueda establecer. Dicho límite es más intenso que el exigido para el derecho de huelga, que requiere el «mantenimiento» de tales servicios (art. 28.2 CE). Su mayor intensidad es consecuencia del emplazamiento constitucional del artículo 37.2 CE entre los derechos cívicos (Título I, Capítulo II, Sección segunda) y no entre los derechos fundamentales y libertades públicas como sucede con el derecho de huelga (Título I, Capítulo II, Sección primera).

El contenido de este derecho difiere en función del tipo de medida que se adopte, por lo que hay que estar a lo dispuesto al efecto para cada una de ellas. En el próximo capítulo (18, IV) se estudiará dicho contenido en relación con el cierre patronal, teniendo en cuenta que el tenor condicional del artículo 37.2 CE («la ley que regule») no ha propiciado hasta el momento la regulación del derecho genérico que en el mismo se reconoce.

II. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

1. Concepto

A la necesidad de reconocimiento y regulación jurídica de los CCT ha de acompañar necesariamente la función pacificadora que desempeña la norma jurídica a fin de encauzarlos y resolverlos. Los medios o sistemas de solución de aquellos conflictos son los instrumentos técnicos de que el ordenamiento laboral dispone para buscar la composición de los mismos, con la finalidad de que tales conflictos no se cronifiquen y que los medios establecidos resulten eficaces para la solución de las controversias colectivas. Estos medios técnicos se sitúan en un plano conceptual previo (inferido, claro es, de la experiencia aplicativa), que trata de delimitar su significado y caracteres. Deben distinguirse de los procedimientos de solución de los mencionados conflictos (infra III), que se refieren al modo en que cada ordenamiento regula los medios técnicos, ofreciendo así cauces concretos para su solución.

2. Clases

La principal clasificación que de medios de solución de conflictos colectivos de trabajo procede trazar es la que distingue entre medios de autocomposición y medios de heterocomposición. A su vez, estos últimos admiten una doble categorización. De un lado, atendiendo al grado de decisión que posee el tercero. De otro, considerando la naturaleza jurídica del medio, en cuya virtud se identifican los medios públicos y los medios privados, así como el carácter de la regulación, a tenor del cual el medio puede establecerse con carácter forzoso o voluntario.

A) Medios de autocomposición

Con la utilización de estos medios, la solución del conflicto se logra mediante la actividad directa de las partes que mantienen la controversia, recurriendo a la negociación colectiva. Junto a los tradicionales cometidos de regulación de condiciones de trabajo y ordenación del poder negocial colectivo, la negociación colectiva desempeña una importante función pacificadora del CCT. La técnica negociadora constituye aquí el medio principal de autocomposición, que se desglosa en tantos medios derivados como distintos tipos de convenios admita el ordenamiento laboral para la solución del CCT. Esta técnica negocial aparece en la normativa internacional como medio o sistema preferente de composición de CCT, antes de acudir a los medios de heterocomposición, dado que la negociación colectiva es el instrumento técnico que mayor autonomía ofrece a las partes en conflicto para buscar su solución. Así, la prioridad en la utilización de la negociación colectiva con esta función autocomponedora del CCT se afirma tanto para los trabajadores [art. 5.2.e) en relación con el art. 2.b) y c) Convenio OIT 154/1981], como para los funcionarios (art. 8 Convenio OIT 151/1978). Por otra parte y aunque en ocasiones también se les ha catalogado como medios o sistemas de autocomposición, el desistimiento, la renuncia y el allanamiento no pueden calificarse como tales, ya que son figuras no creadas expresamente para la solución de conflictos colectivos y, además, su utilización no lleva necesariamente aparejada la solución del conflicto sino que la demora, salvo que dichas técnicas formen parte de una negociación colectiva.

B) Medios de heterocomposición

A través de estos medios, la solución del conflicto se alcanza en virtud de la intervención de un tercero distinto de las partes confrontadas. Éste es el elemento común propio de estos medios, a partir del cual debe distinguirse, por una parte, entre el grado de decisión que posee el tercero, y, por otra, la naturaleza jurídica del medio (públicos y privados) y el carácter de su regulación (forzosos o voluntarios).

a) Atendiendo al grado de decisión que posee el tercero

a') Conciliación

a") Concepto. El tercero tiene aquí una intervención mínima. Se limita a procurar la avenencia y amigable composición entre las partes, a fin de facilitarles la búsqueda de soluciones por sí mismas, sin formular propuesta alguna ni decidir sobre ningún aspecto de la controversia. Es una especie de amigable componedor que no entra en el fondo de la controversia y que tan sólo intenta mostrar a las partes los puntos de coincidencia, exhortándolas a aproximar sus posiciones y a solventar la controversia autónomamente. De ahí que este procedimiento encaje con mayor propiedad dentro de un medio que sustancialmente es de autocomposición, aunque la mínima intervención del tercero en el mismo permita su formal inclusión en el medio de heterocompositivo.

b") Caracteres.

- Carácter dispositivo. Dada la función y las facultades del tercero, son las partes quienes conducen el procedimiento. El conciliador no posee facultades investigadoras.
- Oralidad. En términos generales, la conciliación es básicamente oral, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, se exija la documentación escrita de que el procedimiento conciliatorio ha tenido lugar, a efectos de su constancia y garantía.
- Inmediación. Supone, en general, la efectiva proximidad entre el conciliador y las partes, de modo que se asegure el más exacto conocimiento posible de la controversia por parte del tercero (antecedentes fácticos y documentales, posiciones de las partes…). Pero ese conveniente conocimiento, está aquí limitado por el carácter dispositivo: las partes gobiernan el procedi-

miento pues la carencia de toda facultad de propuesta por el tercero supone la innecesariedad (que no conveniencia) de que conozca al detalle todos los términos del conflicto.

- Rapidez. Dada la inexistencia de propuestas y de decisión por parte del conciliador, la utilización de este medio es sinónimo de celeridad.

b') Mediación

a") Concepto. La intervención del tercero es aquí de grado medio. Propone o recomienda a las partes en conflicto una o varias soluciones especificas, pero sin que, en consecuencia, dicha intervención pueda tener en ningún caso valor decisorio.

b") Caracteres.

- Carácter inquisitivo. Las partes no disponen absolutamente del medio, sino que la función encomendada al mediador exige que éste tenga una significativa intervención en el mismo, de modo que su tarea investigadora del conflicto abarque todos los aspectos, fácticos y jurídicos, implicados en el mismo.
- Oralidad. Aunque la oralidad del procedimiento predomina en este sistema, suele establecerse, si bien no es obligado, que las propuestas o recomendaciones que se realicen por el mediador se formalicen por escrito, a fin de poder determinarlas con mayor precisión, así como de fijar las posiciones de las partes respecto de tales propuestas o recomendaciones.
- Inmediación. Tomando en consideración el carácter inquisitivo de este medio, el mediador ha de tener una mayor proximidad y conocimiento del conflicto, no pudiendo delegar esa función cognoscitiva.
- Rapidez. Es menor que en la conciliación, habida cuenta de la necesidad de averiguación y escritura. Pero, en todo caso, suele ser un instrumento más rápido que el arbitraje, dado el menor número de trámites y la sencillez de los existentes.
- Publicidad. Aunque no sea siempre así, suele establecerse la obligatoriedad de hacer públicas las propuestas o recomendaciones del mediador, a fin de buscar su mayor eficacia, ya que su conocimiento por la opinión pública es un elemento que puede influir a las partes para su aceptación.

c') Arbitraje

a") Concepto. Este medio supone el grado de máximo de intervención del tercero fuera del ámbito judicial. El árbitro, en virtud del compromiso adquirido por las partes, asume el poder de decisión del conflicto. Ese poder decisorio se materializa en un instrumento jurídico denominado laudo, que tiene carácter obligatorio para las partes de la controversia. Cuando el arbitraje versa sobre un conflicto jurídico, el arbitraje es de derecho (ha de ajustarse a criterios de legalidad), y si tiene por objeto un conflicto de intereses o de reglamentación, el arbitraje será de equidad (el árbitro tiene un cierto margen de discrecionalidad para decidir, que no posee en el otro tipo de arbitraje). La peculiaridad principal del arbitraje estriba en que el tercero decide y, además, lo hace de modo obligatorio para las partes. El fundamento de esa obligatoriedad descansa en la previa aceptación por las partes de la decisión arbitral.

b") Caracteres.

- Carácter inquisitivo. El alcance de la facultad decisoria asignada al árbitro, requiere sin duda una amplitud de facultades para la conducción del procedimiento y el conocimiento de todos los aspectos de la controversia. Se aproxima así el árbitro, en este sentido, al juez.
- Oralidad. La oralidad está aquí más restringida, dándose por tanto un mayor protagonismo a la escritura, sin que por ello llegue a perderse aquel carácter. En este sentido, es obligada la

documentación de dos tramites esenciales: el compromiso arbitral (que es fundamental para el contenido, que no el sentido, de la decisión del árbitro) y el laudo arbitral (que resulta indispensable para la resolución del conflicto). En el procedimiento arbitral suele abrirse también un breve período de alegaciones y prueba.

- Inmediación. Supone que el procedimiento aparece concentrado ante un solo organismo (el árbitro o tribunal arbitral), de modo que es el mismo órgano que conoce del conflicto el que lo resuelve.
- Rapidez. Si se contempla desde el prisma de los anteriores medios, el arbitraje es más lento dada su mayor formalización escrita y la función que cumple el tercero que interviene en el conflicto. Pero si se enjuicia desde el prisma del sistema de composición jurisdiccional, puede afirmarse que el arbitraje es indudablemente un mecanismo rápido de heterocomposición de la controversia colectiva.
- Publicidad. Por el mismo motivo de eficacia que se apuntaba para la mediación, pero con mayor razón aquí, habida cuenta del carácter obligatorio de la decisión arbitral, el laudo en el que la misma se recoge suele ser objeto de publicidad formal (incluso en los periódicos oficiales).

d') Composición jurisdiccional

a") Concepto. La intervención del tercero, el órgano judicial, en la composición del conflicto reviste aquí su grado máximo. Pero, a diferencia del arbitraje, en este medio, las partes no han de aceptar previamente la decisión que aquél adopte. Tal decisión es obligatoria para las mismas desde el inicio del proceso mediante la interposición de la demanda, habida cuenta del carácter jurisdiccional que tiene el órgano que la dicta (art. 117.3 CE).

Esa intervención tiene lugar a través del proceso de conflictos colectivos, modalidad procesal destinada a resolver únicamente CCT de carácter jurídico, mediante una sentencia obligatoria y sin perjuicio de los recursos que contra la misma puedan interponerse (arts. 153-162 LJS).

b") Caracteres. La relativa cercanía de este medio jurisdiccional con el arbitraje no impide advertir la singularidad de sus caracteres en cuanto necesaria derivación de los principios, comunes y específicos, que informan el proceso laboral y, también, por tanto, la modalidad procesal de conflictos colectivos (Capítulo 24, II).

- Carácter dispositivo e inquisitivo. Deriva de los correspondientes principios informadores, que se dan cita y conjugan en el proceso laboral. De un lado, el principio dispositivo, según el cual la iniciación y ciertos desarrollos de la actividad judicial sólo pueden producirse a instancia de parte o a través de su actuación en el proceso. De otro, el principio inquisitivo, que confiere al juez un extenso haz de facultades en orden a la dirección del proceso.
- Oralidad. Carácter acentuado en el proceso laboral, dada la preeminencia de la expresión oral sobre la forma escrita en los actos esenciales de desarrollo del proceso (conciliación judicial y juicio).
- Inmediación. La presencia del órgano judicial en los actos procesales básicos es indelegable, de suerte que el órgano que concurre a dichos actos ha de ser el mismo que dicte sentencia.
- Rapidez. La naturaleza garantista del proceso judicial y, por tanto, del proceso laboral, supone que este último no se sustancie con igual rapidez que el arbitraje. Con todo, el principio de celeridad que rige el proceso de trabajo le imprime un marcado dinamismo que agiliza sobremanera el curso del procedimiento si se le compara con el que discurre en otros órdenes jurisdiccionales.
- Publicidad. La amplitud del principio de publicidad caracteriza en par-ticu-lar el proceso judicial, lo que también alcanza, desde luego, al proceso laboral. La regla general, prevista en la

CE, es la publicidad de las actuaciones judiciales, confirmada por la posibilidad de que las leyes de procedimiento puedan prever excepciones al respecto, previsión recogida por la LEC y aplicable al proceso laboral dado su carácter supletorio de la LJS. De modo específico y siguiendo aquella regla, la propia CE exige que las sentencias se pronuncien en audiencia pública.

b) Atendiendo a la naturaleza jurídica del medio y al carácter de su regulación

a') Públicos

El establecimiento de medios públicos de heterocomposición del CCT, comporta la intervención del Estado, administrativa, inspectora o judicial, en su solución. Estos medios públicos, puede ser, a su vez, de dos clases, considerando el carácter de la regulación: forzosos y voluntarios.

a") Forzosos. Suponen la obligatoriedad para las partes en conflicto de acudir a un organismo público no judicial para solventar la controversia. Suele ser propio de los regímenes políticos autoritarios. En los democráticos únicamente se establece esta vía para los supuestos en que en el conflicto concurran circunstancias de especial gravedad (por ejemplo, en caso de huelga, la duración y consecuencias, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional: art. 10.1.º DLRT).

b") Voluntarios. El estado ofrece a las partes organismos especializados, a fin de que éstas puedan someter la controversia de modo voluntario a los mismos. Suelen ser organismos públicos que establecen medios de conciliación, mediación y arbitraje.

b') Privados

La naturaleza jurídica de estos medios es privada en el sentido de que se crean en la negociación colectiva con independencia de que en los correspondientes procedimientos puedan intervenir sujetos públicos (por ejemplo, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social) o privados (por ejemplo, un profesor de Derecho del Trabajo o un abogado especialista en esta materia). En todo caso y en este ámbito privado, esa intervención se produce en un medio de solución creado por el poder negocial colectivo.

a") Forzosos. La naturaleza privada de tales medios no significa, sin embargo, que la ley no pueda regular con carácter forzoso la intervención en los procedimientos establecidos del órgano creado por la negociación colectiva. Un ejemplo a este respecto lo proporciona la obligada intervención de la comisión paritaria del convenio con carácter previo al planteamiento formal de conflicto colectivo sobre la interpretación o aplicación del convenio en el ámbito de ciertos procedimientos extrajudiciales o de carácter judicial previstos para su solución; obligatoriedad impuesta por la ley (art. 91.3 ET).

b") Voluntarios. Los medios de carácter voluntario son los más frecuentes en este ámbito privado, acudiendo la negociación colectiva al establecimiento de medios de conciliación, mediación y arbitraje. Debe repararse en que la voluntariedad se entiende aquí tanto por lo que respecta a la creación del medio, como a su utilización por terceros en conflicto (representantes de trabajadores y empresarios), mediante la ratificación de o la adhesión al convenio o acuerdo colectivos en los que se hayan establecido los oportunos medios de solución de conflictos colectivos (por ejemplo, art. 3.3 ASEC V).

III. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Considerando los sujetos que interviene en su solución, los procedimientos que la posibilitan respecto de los CCT pueden clasificarse en judiciales y extrajudiciales. Quedan al margen de este estudio los de carácter judicial relativos al trabajo asalariado, que se canalizan a través de la modalidad procesal de conflictos colectivos, cuyo estudio se aborda en el lugar correspondiente [Capítulo 26, III, C)], a los TRADE, que son competencia del orden social de la jurisdicción, tanto en su vertiente individual como

colectiva [arts. 2.d) LJS y 17.2 LETA] y que también se encauzan por esa modalidad procesal [art. 154.e) LJS] y a los funcionarios, que se residencian en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los procedimientos extrajudiciales cuentan con regulación específica para los distintos ámbitos del trabajo dependiente: trabajadores asalariados, TRADE y funcionarios. Tales procedimientos pueden tener una naturaleza pública o privada, y, dentro de ellas, carácter voluntario o forzoso.

1. Trabajadores asalariados

A) Procedimientos extrajudiciales de naturaleza pública

a) De carácter voluntario

a') Procedimiento administrativo de conflicto colectivo

a") Significado. Regulado en el Título II DLRT (arts. 17 a 25), tal como han sido interpretados y depurados algunos de sus preceptos por la STC 11/1981, la finalidad del procedimiento es, «la solución de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores» (art. 17.1 DLRT). Por tanto, a través de este procedimiento se examinan y deciden «intereses colectivos», que desbordan el interés singular de un concreto trabajador. Llamado inicialmente a constituir uno de los ejes centrales de la resolución extrajudicial de los conflictos laborales colectivos, se ha convertido en un procedimiento escasamente utilizado y poco eficaz, bien porque las partes deciden acudir directamente al proceso judicial de solución de conflictos colectivos jurídicos, previo el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente, o el órgano que asuma estas funciones a través de la negociación colectiva, bien porque utilizan los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos en acuerdos interprofesionales o en convenios colectivos. Por tanto, el procedimiento reviste carácter facultativo (STC 11/1981).

b") Reglas básicas. El procedimiento de conflicto se asienta sobre dos reglas básicas. En primer lugar, el procedimiento es incompatible con el recurso a la huelga: «Cuando los trabajadores utilicen el procedimiento de conflicto colectivo no podrán ejercer el derecho de huelga» (art. 17.2 DLRT). Y a la inversa: «Declarada la huelga, podrán, no obstante, los trabajadores desistir de la misma y someterse al procedimiento de conflicto colectivo de trabajo» (art. 17.3 DLRT). De igual manera, cuando el procedimiento de conflicto colectivo sea iniciado a instancia del empresario o empresarios afectados, y los trabajadores ejerzan su derecho de huelga, se suspenderá el procedimiento y se archivarán las actuaciones (art. 18.2 DLRT).

En segundo término, la inicial prohibición de plantear conflicto colectivo para modificar lo pactado en convenio o lo decidido en laudo [arts. 11.c) y 20 DLRT], ha sido relativizada por la doctrina constitucional y la jurisprudencia abriendo espacios de licitud a las huelgas novatorias, como se estudiará en su momento estudio que debe darse aquí por reproducido [Capítulo 18, III, 4, B)].

c") Legitimación para iniciar el procedimiento. Los «representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto», bien por iniciativa propia, bien a instancia de sus representados [art. 18.1.a) DLRT), así como «los empresarios o sus representantes legales, según el ámbito del conflicto». Por «representantes de los trabajadores» hay que entender incluidos, desde luego, a los representantes unitarios del personal (Comité de Empresa, Delegados de Personal) y a los representantes sindicales (sindicatos, Delegados y Secciones Sindicales).

El derecho a platear CCT se reconoce a todos los sindicatos constituidos con arreglo a la ley [art. 2.2.d) LOLS]. La inexigencia en este precepto de una implantación mínima en el ámbito del conflicto, parece dar vía libre a cualquier sindicato con interés en el mismo, para poner iniciar este procedimiento. Pero la jurisprudencia niega tal legitimación a los sindicatos que no cuenten con «implantación suficiente»

en el ámbito del conflicto, que viene referida a «un nivel adecuado de afiliación» (STS 11-12-1991). Esta implantación permite medir la legitimación del sindicato y configura «un presupuesto que no puede ser soslayado» (SSTC 210/1994 y 11-7-1994). Se trata, en definitiva, de salvaguardar la correspondencia entre el ámbito de actuación del sujeto que plante el conflicto y el ámbito funcional y territorial al que éste se extiende. De aquí que, cuando se trate de sujetos sindicales, la legitimación para iniciarlo pueda corresponder al sindicato o a la Sección Sindical en atención al ámbito del conflicto.

d") Desarrollo y terminación. La tramitación del procedimiento se caracteriza por su brevedad, ya que a las veinticuatro horas siguientes a la presentación del escrito instando el CCT ante la autoridad laboral competente, ésta debe remitir copia del mismo a la parte frente a la que el conflicto se plantee y convocar a las partes a fin de que comparezcan ante la misma dentro de los tres días siguientes (art. 23 DLRT). En la comparecencia, la autoridad laboral ha de intentar la avenencia entre las partes, por lo que su cometido puede desarrollarse tanto a través de la conciliación como de la mediación. El acuerdo al que se llegue requiere ser adoptado por mayoría simple de las representaciones de cada una de las partes, siendo su eficacia idéntica a lo pactado en convenio colectivo. Si el acuerdo no se produce, las partes pueden acordar el sometimiento del conflicto a un arbitraje, designado a uno o varios árbitros. El laudo debe dictarse en el plazo de cinco días, teniendo éste la misma eficacia que si se hubiera alcanzado acuerdo entre las partes (art. 24 DLRT).

Además de las formas que acaban de exponerse, el procedimiento puede concluir a través de otras dos vías adicionales:

- La primera se refiere a la incomparecencia de alguna de las partes. Si se trata de la parte que ha instado el conflicto, se entiende que desiste del mismo. En el supuesto de que quien no comparezca sea la parte frente a la que se insta el conflicto, debe darse por intentada la conciliación o mediación sin avenencia.
- La segunda vía supone que las partes han comparecido, no han llegado a ningún acuerdo y tampoco se han acogido al procedimiento arbitral. En este caso, pueden darse dos situaciones. Por una parte, que se trate de un conflicto jurídico [«discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente»: art. 25.a) DLRT], en cuyo caso la autoridad laboral debe remitir las actuaciones practicadas, junto con su informe, al órgano competente de la jurisdicción social a fin de que se inicie el proceso de conflictos colectivos (arts. 153-162 LJS). Por otra parte, que el conflicto sea de reglamentación, quedando en este caso la solución del mismo en el ámbito de la autonomía negocial de las partes, toda vez que el TC declaró en su momento la inconstitucionalidad del artículo 25.b) DLRT, que, para resolver el CCT planteado, autorizaba a la Administración a dictar un «laudo de obligado cumplimiento», considerado por la doctrina constitucional contrario al derecho a la negociación colectiva por afectar a su contenido constitucionalmente definido en el artículo 37.1 CE (STC 11/1981).

b') Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje

Con carácter igualmente voluntario, la Administración Pública ofrece procedimientos extrajudiciales de conciliación, mediación y arbitraje de CCT. En unos casos, mediante los organismos autonómicos creados al efecto tras la supresión del Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación (IMAC) y el consiguiente traspaso de sus competencias en esta materia a las CCAA. En otros, mediante la actuación de la ITSS, que tiene atribuidas funciones de conciliación y mediación cuando la misma se acepte por las partes y sin perjuicio de las competencias de la jurisdicción social, así como de arbitraje en conflictos laborales, huelgas u otros que se soliciten expresamente (art. 3.3 LOITSS).

b) De carácter forzoso

a') Conciliación o mediación obligatorias

La tramitación del proceso de conflictos colectivos exige el previo intento de conciliación o mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano privado que asuma estas funciones mediante los acuerdos profesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET (arts. 156.1 y 63 LJS).

b') Arbitraje obligatorio

Se produce en tres supuestos, alguno de los cuales ya ha sido estudiado en el lugar correspondiente, pero que debe traerse aquí a colación:

a") Cuando la huelga se declare en servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, y concurran «circunstancias de especial gravedad», que se concretan legalmente en la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, el Gobierno o el órgano de gobierno de las CCAA podrá establecer un arbitraje obligatorio (art. 10.1.º DLRT). La doctrina constitucional ha declarado el ajuste a la CE de este arbitraje, siempre que se respete la imparcialidad de los árbitros (STC 11/1981). El acto administrativo que lo establezca puede impugnarse ante el orden contencioso-administrativo, así como el laudo, en este caso ante la jurisdicción social.

b") El supuesto de falta de acuerdo las partes en la negociación de un convenio colectivo de sustitución de la OL correspondiente. En este caso, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos puede someter la solución de la controversia a un arbitraje (Disp. Trans. 6.ª ET-1980). La constitucionalidad de este trámite se ha afirmado bajo la finalidad «de resolver el estado de ausencia de regulación por derogación de aquellas normas reglamentarias» (STS 19-10-1998).

c") Las impugnaciones en materia de elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores en las empresas han de encauzarse conforme a un procedimiento legalmente establecido. Sólo se exceptúan las reclamaciones contra las denegaciones administrativas de registro de actas electorales, que puedan plantearse directamente ante la jurisdicción social (art. 76 ET). La designación de los árbitros corresponde al acuerdo unánime de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y autonómico, así como de los sindicatos con representación suficiente. Si no se alcanza este acuerdo, la autoridad laboral ha de establecer la forma de designación, «atendiendo a los principios de imparcialidad de los árbitros, posibilidad de ser recusados y participación de los sindicatos en su nombramiento» (art. 76.3 ET). Por lo tanto, comoquiera que existe una intervención subsidiaria de la autoridad laboral, este arbitraje encaja en el marco de los obligatorios en este segundo supuesto.

B) Procedimientos extrajudiciales de naturaleza privada

El amplio reconocimiento del contenido de la negociación colectiva en el artículo 37.1 CE, permite que los convenios contemplen un cuadro extenso de estos procedimientos. En términos generales, su utilización tiene carácter voluntario, pero en algunos casos ese carácter se troca por otro forzoso. Se traen a colación algunos de los más significativos.

a) De carácter voluntario

a') En conflictos de reglamentación

a") En cualquier momento de las deliberaciones de un convenio, las partes que integren la comisión negociadora pueden acordar la intervención de un mediador designado por ellas (art. 89.4 ET).

b") Las discrepancias que surjan en los períodos de consulta entre el empresario y los representantes de los trabajadores con carácter previo a las decisiones de traslados, modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, suspensión colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, despido colectivo o inaplicación de condiciones de trabajo, pueden someterse a los procedimientos extrajudiciales establecidos en los convenios colectivos [arts. 85.1 ET y 85.3.c) conforme a la LEMURMEL].

b') En conflictos jurídicos

Especial relieve tiene en este ámbito la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales y los colectivos sobre materias concretas a que ese refiere el artículo 83.2 y 3 ET, puedan «establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos» (art. 91 ET).

Una manifestación de esta facultad es la sucesiva adopción, a nivel estatal y autonómico de Acuerdos de Solución de Conflictos Colectivos, cuya última versión, el ASEC V, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2012 y posibilidad de prórroga sucesiva por período de cinco años, proyecta su ámbito de aplicación a todo el territorio del estado (art. 2.1), así como a un amplio conjunto de conflictos colectivos, tanto de reglamentación como jurídicos (art. 4), dispone su aplicación previa ratificación o adhesión al mismo por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas con legitimación para obligarse en el correspondiente ámbito (art. 3.3) y crea el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje como institución paritaria de soporte administrativo y de gestión de los procedimientos de solución de conflictos contemplados en el mismo (art. 5).

b) De carácter forzoso

Son menos frecuentes, pero no por ello su trascendencia es menor.

a') A las comisiones paritarias de los convenios colectivos les corresponde, por mandato legal, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los mismos (art. 91.1 ET). El desempeño de estas funciones de carácter previo y preprocesal se ha admitido por la doctrina constitucional siempre que la vía jurisdicción queda abierta con posterioridad, a fin de no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 217/1991).

b') El supuesto que establece la obligada intervención de la comisión paritaria del convenio con carácter previo al planteamiento formal de conflicto colectivo sobre la interpretación o aplicación del convenio en el ámbito de ciertos procedimientos extrajudiciales previstos para su solución (art. 91.3 ET).

2. Trabajadores autónomos económicamente dependientes

A) Procedimientos extrajudiciales de naturaleza pública y carácter forzoso

De manera expresa, se prevé en el artículo 18.1 LETA el intento de conciliación o mediación ante el órgano administrativo que asuma estas funciones o ante los que puedan establecer los acuerdos de interés profesional, como requisito previo para la tramitación de «acciones judiciales» en relación con el régimen profesional de los TRADE. Lo acordado en avenencia tiene fuerza ejecutiva entre las partes, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial y puede llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias (art. 18.3 LETA).

B) Procedimientos extrajudiciales de naturaleza privada y carácter voluntario

a) Conciliación y mediación

La LETA no recoge expresamente estos procedimientos con carácter voluntario, pero no es dudoso que pueden utilizarse con este carácter, por las siguientes razones:

1.ª Su expresa regulación con carácter forzoso como requisito previo para la tramitación de «acciones judiciales» en relación con el régimen profesional de los TRADE, como se acaba de exponer, permite deducir su aceptación con carácter voluntario, dado que el principio de autonomía negocial colectiva se consagra en la LETA de modo general al establecer los acuerdos de interés profesional como fuente autónoma reguladora de su régimen profesional (art. 3.2 LETA).

2.ª Las asociaciones de trabajadores autónomos son titulares del derecho a «Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional» [art. 19.2.d) LETA]. El derecho se refiere a «los sistemas no jurisdiccionales» en plural lo que significa admitir que los acuerdos de interés profesional pueden regular los medios y procedimientos que tengan por conveniente dentro de los permitidos por el ordenamiento jurídico.

3.ª El arbitraje voluntario se admite expresamente en la LETA, como ahora se verá. Si se acepta legalmente este procedimiento, que supone la mayor intensidad en la intervención del tercero en la solución extrajudicial del conflicto, seré incongruente que la norma no admitiera con el mismo carácter voluntario los procedimientos con menor intensidad interventora, esto es, la conciliación y la mediación.

b) Arbitraje

La LETA contiene a este respecto algunas reglas básicas (art. 18.4):

a') El procedimiento arbitral (tipos de conflictos incluidos, sujetos legitimados para solicitarlo, forma de designación del árbitro, plazo para dictar laudo…), se regulará:

- Por lo pactado entre las partes en conflicto. Conviene notar que el pacto se refiere aquí al procedimiento, porque el compromiso arbitral es en todo caso necesario.
- Por lo dispuesto en el régimen que en su caso se pueda establecer mediante acuerdos de interés profesional.
- En defecto de los instrumentos anteriores, se aplicará la regulación contenida en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres o en cualquier otra normativa específica o sectorial.

b') Se equiparan a sentencias firmes los laudos arbitrales firmes dictados para resolver el CCT.

3. Funcionarios

Desde una perspectiva conceptual, todos los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos existentes en el ámbito del trabajo asalariado pueden utilizarse para los funcionarios. Sin embargo, la inaplicación a éstos del artículo 37.2 CE determina que no rija para ellos la regulación de los procedimientos extrajudiciales previstos para los trabajadores sujetos al contrato de trabajo, sino que se les apliquen normas específicas. Lo mismo sucede, con alguna excepción, en el terreno de los procedimientos judiciales de resolución de conflictos colectivos, canalizados a través de la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 3.c) y e) LJS y arts. 43 a 78 LRJCA]. Por consiguiente, el estudio de los procedimientos de solución de conflictos colectivos de los funcionarios se centra en los de carácter extrajudicial. Dentro éstos, también debe distinguirse entre procedimientos extrajudiciales con intervención privada y con intervención pública, que, a su vez, pueden tener carácter voluntario o forzoso.

A) Con intervención privada de carácter voluntario

a) Renegociación de los acuerdos colectivos

Este procedimiento afecta tan sólo a los conflictos de reglamentación, puesto que se aplica en el supuesto de que no se ratifique un acuerdo colectivo por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública (ya que los mismos precisan de aprobación expresa y formal) o cuando exista una negativa expresa por dicho órgano a incorporar lo acordado al Proyecto de Ley correspondiente. En tales casos se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si lo solicita, al menos, la mayoría de una de las partes negociadoras [art. 38.3.3.º EBEP y Capítulo 20, I, 2, A)]. Se proporciona así una salida adecuada a la potencial situación conflictiva que derivaría de la imposibilidad de reconsiderar la negociación de dichos instrumentos colectivos si la misma concluyera con las mencionadas decisiones del empleador público.

b) Mediación y arbitraje en relación con la negociación colectiva

El procedimiento de negociación colectiva de los funcionarios puede desembocar en la consecución del correspondiente acuerdo o pacto colectivo. Una vez alcanzados éstos entre las partes, han de ser objeto con posterioridad de aprobación expresa y formal y de suscripción, respectivamente [Capítulo 20, I, 2, A)].

Las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales están facultadas para crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 45.1 LEBEP) con carácter general. De su regulación genérica importa destacar aquí los siguientes aspectos:

a') Ámbito objetivo. Dichos conflictos pueden ser, entre otros, los derivados de la negociación (conflictos de reglamentación) y de la aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos colectivos (conflictos jurídicos), sobre las materias objeto de negociación (art. 45.2 EBEP).

b') Procedimientos. Los mencionados sistemas, pueden estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje (art. 45.3 EBEP).

La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas. Mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma.

c') Eficacia. El acuerdo logrado a través de la mediación o en virtud del laudo arbitral tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los pactos y acuerdos colectivos, siempre que quienes hayan adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tengan la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un pacto o acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP (art. 45.4 EBEP).

d') Impugnación. Los acuerdos alcanzados en la mediación y los laudos arbitrales pueden ser objeto de impugnación. Las causas posibles de impugnación del laudo arbitral son la ilegalidad del mismo, la actuación ultra vires del árbitro (cuando la resolución verse sobre puntos no sometidos a la decisión del árbitro), o los defectos del procedimiento, en el caso de que no se observen en la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto (art. 45.4 EBEP).

e') Desarrollo reglamentario. Los procedimientos de mediación y arbitraje serán objeto de regulación reglamentaria, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas (art. 45.5 EBEP).

c) Conciliación y mediación por las comisiones paritarias de seguimiento de los pactos y acuerdos colectivos (arts. 38.5 y 45.1 EBEP)

De forma obligatoria, las partes legitimadas en la negociación de los acuerdos y pactos colectivos deben establecer comisiones paritarias de seguimiento. A éstas se les pueden atribuir funciones de conciliación y mediación de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de dichos instrumentos nego-

ciales. Por tanto, afectan tan sólo a los conflictos jurídicos, derivados de la negociación colectiva. Dada la parquedad de la regulación legal de estas comisiones, la autonomía normativa de las partes negociadoras cuenta con un amplio margen para regular la composición y funcionamiento de las referidas comisiones, de acuerdo con ciertos criterios doctrinales y judiciales:

1.º La composición será mixta, debiendo estar presentes representantes de las organizaciones sindicales y de la Administración, puesto que se trata de comisiones que surgen en el marco de las Mesas de Negociación.

2.º No es obligado que los sindicatos que voluntariamente se hayan apartado del proceso negociador estén representados en las comisiones. Y ello porque en tanto las reglas de legitimación negocial son indisponibles, no sucede lo mismo respecto de las reglas que rigen la administración de los instrumentos negociales, lo que permite excluir de esta clase de comisiones a los sindicatos no firmantes de correspondiente instrumento negocial, sin que por ello se lesione su derecho de libertad sindical (STC 73/1984); doctrina constitucional elaborada para los convenios colectivos pero que, por su identidad de razón, puede aplicarse a los acuerdos y pactos colectivos de los funcionarios (art. 4.1 CC).

No obstante, debe tenerse en cuenta que dichas funciones de solución de los CCT únicamente pueden atribuirse respecto de la conciliación y la mediación. No es posible encomendarles funciones arbitrajes, dado que el órgano arbitral ha de regirse por el principio de imparcialidad, lo que no se cumple en el caso de las citadas comisiones, ya que son establecidas por las partes de los acuerdos y pactos colectivos y están integradas por representantes de las mismas. Ahora bien, en caso de desacuerdo en el seno de la comisión, ésta puede acudir, a su vez, a procedimientos externos de conciliación, mediación y arbitraje para resolverlo.

3.º El acuerdo logrado a través de la mediación tendrá la misma eficacia y tramitación de los acuerdos y pactos colectivos, siempre que quienes los hayan adoptado tengan la legitimación que les permitiese acordar, en el ámbito del conflicto, un acuerdo o un pacto colectivo (art. 45.5 EBEP). Nada se indica a este respecto en el EBEP para el acuerdo logrado a través de la conciliación. Pero puede aplicarse la misma regla establecida para el acuerdo obtenido por el cauce de la mediación, dada la identidad de razón entre ambos supuestos (art. 4.1 CC).

d) Acuerdo colectivo y otros procedimientos voluntarios en caso de huelga

El CCT suscitado por el ejercicio del derecho de huelga al margen de la negociación o aplicación e interpretación de los acuerdos y pactos colectivos, puede resolverse mediante acuerdo específico directo que ponga fin al conflicto, como consecuencia del deber de negociar que pesa sobre el comité de huelga y el empleador público (art. 8.2 DLRT). Este acuerdo contendrá los términos de la transacción a que hayan llegado las partes. Junto a ello, nada impide que las partes en conflicto decidan someter el conflicto a mediación o arbitraje voluntario en el acuerdo que ponga fin al conflicto, en razón, asimismo, del mencionado deber de negociar (arts. 8.2 DLRT y 45.3 EBEP).

B) Con intervención privada de carácter forzoso: arbitraje obligatorio

a) Materia electoral

En materia de elecciones a órganos de representación unitaria de los funcionarios únicamente se regula, con carácter obligatorio, el sistema de arbitraje y el consiguiente procedimiento arbitral (arts. 28 y 29 Ley 9/1987 y 22 ss. RD 1.846/1994, de 9 de septiembre, vigentes en virtud de lo previsto en la Disp. Trans. 5.ª EBEP). La única salvedad al carácter obligatorio de este procedimiento, viene dada por las reclamaciones contra la denegación de la inscripción de las actas electorales, con relación a las cuales puede optarse entre la promoción del referido arbitraje o la impugnación directa ante la jurisdicción social (arts. 28.1 Ley 9/1987 y 44 EBEP).

Por otra parte, la obligatoriedad de dicho procedimiento arbitral no cierra el paso a la solución judicial de estos conflictos mediante la posibilidad de impugnar el laudo arbitral ante la jurisdicción social por el cauce de la correspondiente modalidad procesal en materia electoral (art. 29.3 Ley 9/1987 y arts. 127 a 132 LJS). Nótese que, en este supuesto y apartándose de la regla general ya señalada, la competencia judicial no corresponde al orden contencioso-administrativo, sino al orden social.

b) Huelga

El CCT suscitado por el ejercicio del derecho de huelga se resuelve, al igual que sucede con los trabajadores asalariados, mediante arbitraje obligatorio impuesto por el Gobierno de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1.º DLRT, aunque ello sólo es posible cuando concurran las circunstancias señaladas en este precepto durante el desarrollo de la huelga (duración, consecuencias del conflicto, posiciones de las partes y perjuicio grave para la economía nacional). La operatividad de este precepto en el ámbito funcionarial se admite por la doctrina y jurisprudencia mediante la aplicación analógica o supletoria en dicho ámbito del DLRT por lo que al derecho de huelga se refiere (SSTS 24-10-1981 y 10-5-1986). Aplicación que, a su vez, deriva del reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios en el artículo 28.2 CE, con las excepciones legalmente establecidas [Capítulo 18, III, 1, B)].

C) Con intervención pública: los recursos administrativos

Los recursos administrativos son medios impugnatorios de determinadas resoluciones de las Administraciones Públicas, que confieren a éstas la excepcional facultad de reconsiderar su actuación con anterioridad a la apertura de la vía judicial. Aunque los CCT no están expresamente contemplados como objeto de estos recursos, no es dudoso que las resoluciones de aquéllas —y los actos de trámite si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos— pueden suscitarlos (art. 107 LRJPAC). Estas resoluciones pueden impugnarse por los motivos legalmente establecidos (arts. 62 y 63 LRJPA) y mediante los recursos administrativos de alzada (art. 114.1 LRJPAC), reposición (art. 116.1 LRJPAC) y revisión (art. 118.1 LRJPAC). Entre otros y en cuanto aquí interesa, son sujetos colectivos legitimados para interponer dichos recursos administrativos quienes los promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos; aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva, así como las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, que tendrán la consideración de titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca [art. 31 en relación con los arts. 107 LRJPAC, 10.1.º Ley 9/1987 y 2.2.d) LOLS]. Por lo tanto y en términos generales, están legitimados activamente los sindicatos, los representantes sindicales y unitarios de los funcionarios, y, pasivamente, los órganos de las Administraciones Públicas con competencias en materia de personal.

BIBLIOGRAFÍA

I. Conflicto colectivo de trabajo: caracterización, clases, medidas y medios de solución

AAVV: *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, 1979.
— *Los instrumentos de solución de los conflictos colectivos*, Madrid, 1983.
Borrajo Dacruz, E.: «Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo», *DL*, n.º 10/1983.
Del Rey Guanter, S.: «Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos», *RL*, n.os 16-17/1992.
— *Los medios extrajudiciales de solución de los conflictos de trabajo en la función pública*, Madrid, 1991.
Diéguez Cuervo, G.: *Deducción y solución de los conflictos colectivos laborales de intereses*, Pamplona, 1967.
González-Posada Martínez, E.: «La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», en González-Posada Martínez, E. (dir.): *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. (II Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales)*, Valladolid, 2001.
Hernández Vigueras, J.: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*, Madrid, 1992.
OIT: *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo. Estudio comparativo*, Ginebra, 1981.
Palomeque López, M. C.: «Solución no jurisdiccional de conflictos laborales y tutela judicial efectiva», en AAVV: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Manual Alonso Olea*, Madrid, 1990.
Sala Franco, T.: «La prevención del conflicto», en Cabeza Pereiro, J., y Martínez Girón, J.: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, 2008.
Valdés Dal-Ré, F.: «Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de conflictos colectivos», *RL*, n.os 4-5/1992.
Vida Soria, J.: «La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos colectivos de trabajo», en AAVV: *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, 1968.

II. Procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo

Bengoetxea Alkorta, A.: *Las peculiaridades del conflictos colectivo de trabajo en la función pública*, Bilbao, 2006.
Lantarón Barquín, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Valladolid, 2003.
— «Arbitraje y huelga», *RIEE*, n.os 2-3/2010.
Martínez Abascal, V. A.: «El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la función pública», *RL*, n.º 2/1988.
Palomeque López, M. C.: «El arbitraje laboral», en González-Posada Martínez, E. (dir.): *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. (II Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales)*, Valladolid, 2001.
Sala Franco, T., y Alfonso Mellado, C. L.: *Procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia, 1996.
Santor Salcedo, H.: *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, 2006.
Valdés Dal-Ré, F.: «El ASEC: apuntes sobre su texto y su contexto», *RL*, n.º 6/1988.
Vida Soria, J.: «Sobre los procedimientos jurídicos de solución de conflictos laborales (otra vez una visión crítica teórica)», en Cabeza Pereiro, J., y Martínez Girón, J.: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, 2008.

CAPÍTULO 18:
MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO: LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL

I. HUELGA Y DERECHO DE HUELGA

1. Concepto de huelga y derecho de huelga

En cuanto medida de CCT, la huelga se define como la pacífica perturbación del proceso de producción o distribución de bienes o servicios llevada a cabo por los trabajadores de modo concertado, como medida de presión para la defensa y promoción de sus intereses.

Este concepto amplio de huelga es admitido por la doctrina constitucional, aunque con la importante precisión de considerar que el contenido esencial del derecho de huelga (art. 28.2 CE) consiste en la cesación temporal del trabajo (STC 11/1981) y que, por tanto, determinadas modalidades de huelga no incluidas en ese contenido esencial pueden ser calificadas de ilícitas o abusivas. Esta noción rigurosa del ejercicio del derecho de huelga, que identifica su contenido esencial con la cesación temporal del trabajo de modo colectivo y concertado, es la que actualmente contempla el ordenamiento laboral (art. 7.1 DLRT).

Al admitir esa noción restringida del derecho de huelga la norma expulsa del ámbito de tutela determinadas modalidades de huelga que, aun sin consistir propiamente en la abstención o cesación del trabajo, han recibido tradicionalmente la consideración sindical y social de fenómenos huelguísticos. Ello sucede con las huelgas rotatorias, las realizadas en sectores estratégicos y las denominadas de celo o reglamento, que el artículo 7.2 DLRT considera actos ilícitos o abusivos, junto con «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga», esto es, distinta a la huelga que previamente el propio artículo 7.1 DLRT ha considerado como huelga típica y, en cuanto, tal, legalmente admitida.

Esta noción legal de la huelga, considerada como derecho fundamental y judicialmente admitida e identificada por la doctrina constitucional con el contenido esencial del derecho, reúne los siguientes caracteres:

a) Medida de conflicto colectivo de trabajo. Tanto subjetiva como objetivamente. Desde el plano subjetivo porque son los trabajadores quienes la adoptan en su condición de tales, ya sea como parte de la relación contractual de trabajo, ya sea en su condición de miembros integrantes de una categoría o clase social. Objetivamente, porque el conflicto ha de afectar a un conjunto o grupo de trabajadores, directa o indirectamente concernidos por el mismo.

b) Perturbación en el proceso de producción o distribución de bienes o servicios mediante el cese de la prestación laboral. Este rasgo se concreta de modo esencial en la facultad de incumplir transitoriamente el contrato de trabajo por parte del trabajador (TS 24-10-1989), si bien se trata de un incumplimiento

admitido cuando el ejercicio del derecho de huelga se ajusta a las prescripciones establecidas. La atribución legal de esa facultad de incumplimiento temporal de la relación de trabajo exime al trabajador de cualquier consecuencia sancionadora que se quisiera anudar al ejercicio legal del derecho.

La facultad de incumplir transitoriamente el contrato por parte del trabajador supone la suspensión del mismo, habida cuenta del carácter recíproco que poseen las prestaciones de las partes en dicho negocio contractual [arts. 45.1.l) ET y 6.2 DLRT]. Lo que evidencia que la motivación última que mueve a realizar la huelga no es en ningún caso extinguir el vínculo contractual, sino reincorporarse al trabajo y cumplir con la prestación laboral, pero hacerlo en condiciones mejores o distintas.

Precisamente porque el contrato de trabajo está suspendido durante la huelga, no es técnicamente acertado afirmar que lo que la caracteriza propiamente es «la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato» (STC 11/1981). Y ello porque durante el ejercicio legal del derecho de huelga los trabajadores continúan dentro de ese marco contractual, dado que la suspensión de la relación laboral paraliza las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, pero no incide en otros derechos y obligaciones de las partes que permanecen vivos y exigibles.

c) Concertación o acuerdo de los trabajadores. Ya sea directamente, por sí mismos, ya sea a través de sus representantes sindicales o unitarios. Aunque la decisión de adherirse a una huelga ya convocada pertenece a cada trabajador individualmente considerado, dado que la titularidad del derecho es individual, el ejercicio del mismo ha de ser colectivo, es decir, ha de llevarse a cabo mediante concierto o acuerdo entre los trabajadores. Ello es así incluso en las denominadas huelgas espontáneas (admitidas en nuestro ordenamiento), esto es, en las convocadas directamente por los trabajadores al margen de la representación unitaria o sindical, ya que en ellas tiene lugar una mínima planificación o concertación previa al ejercicio del derecho, al margen de que ni su convocatoria, ni su desarrollo están exentos de cumplir las exigencias legales a este respecto.

d) Finalidad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, es decir, de todos cuantos intereses socioeconómicos exhiban por su condición de tales (art. 28.2 y 7 CE). Se trata de una finalidad que está vinculada a la consideración de la huelga como medida conflictual a la que puede recurrirse cuando se hayan agotado los cauces de diálogo y negociación con el destinatario de la misma, conforme lo evidencia el contenido que debe reunir el escrito de declaración de la huelga [infra III, 3, A)]. Ello significa que en la defensa y promoción de aquellos intereses existe una gradación de actuaciones previa a la huelga, sin cuya concurrencia ésta puede ser calificada de ilegal. No obstante, una vez agotados efectivamente aquellos cauces, el principio de autotutela colectiva autoriza a los trabajadores o a sus representantes a elegir, en el marco de la legalidad vigente, no sólo la clase de medida conflictual colectiva que consideren más eficaz para defensa y promoción de aquellos intereses, sino también la modalidad de huelga que pueda cumplir con esa misma eficacia la finalidad constitucionalmente asignada al derecho.

2. Fundamento del derecho de huelga

En cuanto derecho subjetivo fundamental de carácter constitucional, el de huelga presenta una doble función en la CE, defensiva y promocional. A la primera alude de modo expreso el artículo 28.2 CE ciñéndola a los intereses de los trabajadores. Conforme a la doctrina constitucional, estos intereses vienen referidos a los que les afectan en cuanto clase social, esto es, considerados como estrato de la población que ocupa una posición socialmente dependiente en la estructura social y «no, naturalmente, como miembros de una categoría laboral específica» (STC 11/1981). Se trata de una función coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que legitima medios de defensa de dicha clase social y que aparece, al tiempo, como una función de respuesta y protección frente a cualquier desconocimiento o vulneración de aquellos intereses sociolaborales.

La segunda función está vinculada en la propia doctrina constitucional con el principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Para dicha doctrina se trata de una función promocional, dirigida al logro de la

libertad e igualdad efectivas de aquel estrato dependiente de la población: «El texto del artículo 28 —derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses— pone en muy clara conexión la consagración constitucional (del derecho) y la idea de consecución de igualdad económica-social» (STC 11/1981). Comparte con la función defensiva el carácter reactivo y protector que la impulsa. Pero diverge de ésta en cuanto aquélla legitima constitucionalmente el ejercicio del derecho de huelga como fórmula que contribuye a superar la propia posición dependiente de la clase trabajadora en la estructura social, posibilitando una transformación pacífica y gradual de tal estructura hacia una sociedad en que la dignidad humana, la cooperación y la solidaridad sean algo más que quimeras o eslóganes nominales.

II. HUELGA: REGÍMENES JURÍDICOS Y MODELOS NORMATIVOS

El tratamiento dispensado por la norma frente a la huelga ha sido históricamente cambiante, de acuerdo con las coordenadas políticas y sociales de cada momento. De modo paralelo a lo que sucede con las distintas fases por las que discurre la evolución histórica de la libertad sindical y del sindicato (prohibición, tolerancia y reconocimiento), el ordenamiento ha considerado la huelga, a lo largo de tres etapas, como delito, como libertad y como derecho.

1. Huelga como delito

Supone el establecimiento de un régimen de prohibición de la huelga. Este régimen prohibitivo, instaurado desde comienzos del siglo XIX bajo los principios ideológicos, políticos y jurídicos del liberalismo, comporta la tipificación penal de la huelga y demás manifestaciones conflictuales de carácter laboral, por considerarse como actividad socialmente peligrosa y dañina que, por lo tanto, el Estado debía reprimir penalmente (1848-1909). Vuelve a emerger el régimen prohibitivo durante el franquismo, una vez que la huelga ha logrado la consideración de libertad, y lo hace como delito de sedición. En una primera fase (1939-1965) aparece como puro delito de resultado o delito objetivo, apreciable por el mero hecho de la participación en la huelga, con independencia de la intención de los trabajadores huelguistas. En una segunda fase (a partir de 1965 y hasta 1970), se configura como delito de intención, no incriminándose ya objetivamente la mera cesación del trabajo, sino la finalidad de atentar contra el orden público (la seguridad del Estado) o el orden económico (la producción nacional).

2. Huelga como libertad

Se corresponde con un régimen jurídico de tolerancia de la huelga, desenvuelto en dos planos, penal y contractual. En el plano penal, el estado liberal deja de sancionar la huelga de modo general por entenderse que la decisión de secundarla obedece a la libertad individual del trabajador, lo que no permite forzarle a la realización del trabajo contra su voluntad, al ser el consentimiento elemento esencial de los contratos (art. 1.261 CC). Subsiste la sanción penal para las huelgas políticas o al margen de los intereses laborales de los trabajadores (1909-1939 y 1970-1977). En el plano laboral, la relativa neutralidad del estado ante la huelga se traduce en el desplazamiento al empresario de su sanción. En una primera fase, ello permitirá la extinción del contrato por el empresario, al configurarse la huelga como un incumplimiento contractual del trabajador (1909-1931 y 1970-1975), fórmula suavizada en sus postrimerías merced a la teoría gradualista introducida por la jurisprudencia, que reserva la sanción laboral para aquellos que hubieran participado activamente en la huelga, esto es, para los convocantes y los que despliegan una actividad de extensión del conflicto (STS 28-3-1973). En una segunda fase (1931-1939 y 1975-1977), y sobre la base normativa de que la huelga ajustada a las prescripciones legales sólo suspendía el contrato de trabajo (DL 5/1975), se limitará la sanción laboral (despido) a quienes hubieran participado activamente en la huelga, conforme a la teoría gradualista. Pero la sanción no era infrecuente, ya que la legalidad de

la huelga tenía un espacio reducido, comportando el denominado «recurso a la huelga» (DL 5/1975) el establecimiento de intensas limitaciones al ejercicio de la misma, que sólo se configura, por tanto, como mera libertad y no como derecho.

3. Huelga como derecho

Se inicia esta etapa con el reconocimiento del derecho de huelga (art. 1 DLRT), que culminará de modo general con su incorporación al texto constitucional vigente, por vez primera en este nivel normativo, como un derecho fundamental (1977-1978).

En este marco, la doctrina científica ha distinguido tres modelos normativos del derecho de huelga: el contractual, el laboral y el polivalente. Los dos primeros parten de una misma configuración del derecho como medida conflictual de la que pueden disponer los trabajadores asalariados en cuanto miembros de un colectivo situado en posición de dependencia económica en la relación laboral, pero no por su consecuente posición en la estructura social, es decir, en el marco de una sociedad segmentada en clases sociales. Por el contrario, en el modelo polivalente la ubicación de los trabajadores en la estructura social pasa a un primer plano, de suerte que la huelga aparece no sólo como una manifestación del conflicto laboral, sino en cuanto expresión indeclinable del conflicto de clases que atraviesa las sociedades capitalistas. Esta caracterización del modelo polivalente y la equivocidad y amplitud de este vocablo aconsejan utilizar para el mismo la denominación de modelo estructural, en el sentido de que el derecho de huelga regulado conforme al modelo normativo así calificado considera a los trabajadores desde el prisma de su posición en la estructura social y, por ello, en cuanto miembros de una clase sujeta a estratificación, esto es, encuadrada en una situación de desigualdad social persistente que deriva de las diferencias económicas entre clases sociales, lo que significa, en esencia, desigualdad respecto de la posición y control de los recursos materiales.

A partir de esa configuración, parcialmente compartida por los modelos contractual y laboral, tanto éstos como el modelo estructural presentan diferencias entre sí. Las mismas giran en torno a tres aspectos básicos de la regulación del derecho de huelga, que, pese a aquellas diferencias, aparecen ligados en cada uno de dichos modelos por una lógica interna: la función del citado derecho en el sistema normativo de las relaciones de trabajo, el destinatario de la huelga y los sujetos titulares del derecho.

En el modelo contractual, la huelga se concibe únicamente como instrumento del convenio colectivo, de forma que la misma «se desencadena o produce en el momento de la negociación de los convenios colectivos con el fin de presionar a favor de los mismos» (STC 11/1981). Consecuente con esta reducida función, el destinatario de la huelga es tan sólo el empresario, individual o colectivo, en calidad de parte en la negociación colectiva, en tanto que la titularidad individual del derecho de huelga queda ceñida a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los ámbitos del convenio.

Superando los linderos del poder negocial colectivo, la función del derecho de huelga en el modelo laboral se perfila como mecanismo de autotutela colectiva de los trabajadores en todos los terrenos de las relaciones de trabajo y no sólo en el conjunto de materias reguladas por el convenio colectivo. Esa perspectiva funcional permite ampliar el círculo de los destinatarios y de los titulares del derecho. Los primeros no vendrán delimitados tan sólo por las empresas representadas en la negociación colectiva, sino que se extenderán a cualquier empresa, grupo de empresas o asociaciones empresariales aunque no existan relaciones laborales directas entre ellas y los huelguistas. Por tanto, los segundos tampoco quedarán ceñidos por los ámbitos de aplicación del convenio, considerándose también titulares del derecho a los trabajadores no directamente afectados por el conflicto.

El modelo estructural aporta un cambio sustantivo a la función del derecho de huelga, concibiéndolo como mecanismo de autotutela de los trabajadores que opera más allá del perímetro trazado por las relaciones de trabajo y se extiende a todos los ámbitos socioeconómicos y políticos en los que se adoptan o dejan de adoptarse decisiones sobre los intereses económicos y sociales de aquéllos. En cuanto aquí importa, la consecuencia más directa de este planteamiento es la apertura del abanico de destinatarios de la

huelga y de los titulares del derecho. De ahí que los empresarios no sean ya el único sujeto «natural» ante el que se plantea el conflicto, pues el mismo puede suscitarse también frente a los poderes públicos. En paralelo, los sujetos titulares del derecho en el plano individual son los trabajadores como clase social, al margen por tanto de la naturaleza jurídica, pública o privada, que se atribuya a su relación de trabajo. El lícito ejercicio del derecho frente a decisiones de los poderes públicos, el reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios y la viabilidad legal de que ciertos trabajadores autónomos puedan adherirse a las huelgas legalmente convocadas [infra III, 1, B)], son elementos determinantes para concluir que, considerado en su conjunto y pese a las insuficiencias y disfunciones derivadas del DLRT, el modelo normativo estructural de huelga como derecho es el tutelado por el ordenamiento vigente.

III. EL DERECHO DE HUELGA: REGULACIÓN

La vigente regulación del derecho de huelga en el plano de la legalidad ordinaria, contenida sustancialmente en los artículos 1 a 11 DLRT, amén de lo dispuesto en otras normas, internas o internaciones [por ejemplo, en los arts. 2.2.d) LOLS, 6.4 CSE u 8.d) PIDSEC], se ha procurado compaginar por los tribunales con su configuración como derecho fundamental, atendiendo, sobre todo, a la tarea de depuración de aquella norma y de ajuste a la CE realizado por la doctrina constitucional. De esa regulación y de su interpretación judicial surge un régimen jurídico que exige estudiar separadamente los siguientes aspectos: la titularidad del derecho y su contenido, los límites, el procedimiento y los efectos del ejercicio del derecho.

1. Titularidad y contenido

La titularidad del derecho de huelga exige considerar dos cuestiones: la estructura de la titularidad en relación con el contenido del derecho y la identificación de los sujetos titulares del derecho.

A) Estructura de la titularidad en relación con el contenido del derecho

Conforme tiene establecido la doctrina constitucional, el titular del derecho de huelga es el trabajador individualmente considerado (uti singuli), si bien el derecho ha de ser de necesario ejercicio colectivo, mediante concierto o acuerdo entre los trabajadores (STC 11/1981). La mayoría de la doctrina científica secunda esta posición, siendo minoritaria la tesis que defiende la titularidad colectiva y el ejercicio individual del derecho al entender que ni un trabajador individualmente considerado puede convocar una huelga, ni tampoco un sindicato puede abstenerse de acudir al trabajo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria debe matizarse a la luz del contenido plural del derecho de huelga. Ese contenido comprende una serie de facultades conectadas con la titularidad del derecho, de modo que ésta debe diferenciarse, en el plano individual y en el plano colectivo, en función del sujeto que las tenga atribuidas.

a) Titularidad individual

En el plano individual, determinados trabajadores ostentan la titularidad de ciertas facultades que integran de seguro el contenido esencial del derecho de huelga, dado su carácter imprescindible para que el mismo pueda ser reconocido como tal en un sistema democrático de relaciones laborales, en el que resulta necesario mantener un equilibrio entre titularidad individual y colectiva cuando ambas concurren en la configuración de un derecho subjetivo. Dichas facultades son:

- Adherirse o no a las huelgas declaradas, cesando en el desempeño de su prestación laboral. Esta facultad integra el contenido esencial del derecho (STC 11/1981).

- Participar en las actividades lícitas de desarrollo de la huelga. Esta facultad incluye, por ejemplo, el derecho de acceso de los integrantes del comité de huelga al centro de trabajo (STC 104/2011).
- Dar por terminada la propia participación.

La titularidad individual de las facultades que integran parte del contenido del derecho de huelga supone que, al igual que sucede con los restantes derechos individuales reconocidos legalmente a los trabajadores, el derecho de huelga es irrenunciable para el trabajador en su relación contractual de trabajo: «Son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga» (art. 2 DLRT). Dicha prescripción legal de nulidad es inoperante para los funcionarios, sujetos a una relación estatutaria de carácter unilateral, puesto que en tal relación no tienen posibilidad alguna de negociación individual. Por tanto, únicamente es aplicable, por vía analógica, a los empleados públicos que están sujetos a un contrato administrativo.

Cuestión distinta es la renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia de un convenio colectivo, que puede ser acordada mediante este instrumento negocial (art. 8.1 DLRT: deber de paz legal). Tal «pacto de tregua o de paz sindical» no contraviene la CE según la doctrina constitucional (STC 11/1981), pues el mismo no supone una renuncia de derecho a través de representante (lo que jurídicamente es inviable), sino un transitorio compromiso de no ejercitar el derecho y de no hacerlo a cambio de ciertas contraprestaciones, dado que en nuestro derecho los contratos sin causa son ilícitos (art. 1.261 CC). No existe ninguna previsión expresa respecto de dichos «pactos de tregua o paz sindical» en el EBEP, no siendo aceptable que la misma pueda integrarse con el citado artículo 8.1 DLRT, pues éste sólo admite dicha cláusula en los convenios colectivos. Una posibilidad de negociar tales pactos en este ámbito funcionarial viene dada por la materia negocial relativa a «Las propuestas sobre derechos sindicales» [art. 37.1.h) EBEP], siendo aquéllos incluibles en esa materia con carácter propositivo para su posterior incorporación a la norma legal (en este caso ley orgánica).

b) Titularidad colectiva

A determinados sujetos colectivos [infra 1, B)], les corresponde la titularidad de una serie de facultades que integran el contenido esencial derecho (STC 11/1981):

- La convocatoria o declaración de huelga.
- El establecimiento de las reivindicaciones.
- La elección de la modalidad de huelga, dentro de las admitidas legalmente.
- La publicidad o proyección exterior.
- La negociación de la solución del conflicto.
- La decisión de dar por terminada la huelga (desconvocatoria).

Ostentar la titularidad colectiva de la facultad de convocar o declarar la huelga, tiene la primordial consecuencia de considerar legales, siempre que se cumplan las prescripciones establecidas, tanto las huelgas sindicales (promovidas y organizadas por los sindicatos u otros sujetos colectivos legitimados al efecto), como las denominadas huelgas espontáneas o no sindicales, esto es, las promovidas y realizadas directamente por los trabajadores de acuerdo con los requisitos de legitimación exigidos.

B) Sujetos titulares

a) Ámbito individual

La identificación de los sujetos individuales que gozan de la titularidad del derecho de huelga resulta controvertida en algunos supuestos. De un lado, por el carácter genérico del término «trabajadores» que

utiliza el artículo 28.2 CE. De otro, por las constricciones expresas o tácitas que pueden advertirse para algunas clases de trabajadores, a este propósito. Ello exige considerar tres grupos de trabajadores en su acepción material, para poder concretar en cada uno de ellos el alcance de aquella titularidad.

a') Trabajadores asalariados

La doctrina constitucional establece con relación a los trabajadores un terminante pronunciamiento, al señalar que el derecho constitucionalmente protegido en el artículo 28.2 CE «es el que se atribuye a las personas que prestan a favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a patronos o empresarios» (STC 11/1981). Resulta, pues, inconcuso que quienes tengan la calificación jurídico-laboral de trabajadores asalariados ostentan la titularidad individual y constitucional del referido derecho. Esa titularidad también ha de afirmarse respecto de ciertas clases de trabajadores asalariados, superando así las dudas doctrinales y normativas que ha suscitado a este respecto su tipo de relación laboral, aunque, en algunos casos, existan ciertas limitaciones para el ejercicio del derecho.

a'') Trabajadores en establecimientos penitenciarios. Dos objeciones se alzan frente a la titularidad de su derecho de huelga. De un lado, la falta de reconocimiento del mismo en la norma reglamentaria que regula sus derechos laborales (art. 5 DTP). De otro, y consecuente con la anterior, la omisión de la huelga entre las causas de suspensión de su relación laboral que enumera el artículo 9 DTP. A este respecto, deben tenerse en cuenta las siguientes precisiones:

1.ª De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, los citados trabajadores gozan de los derechos fundamentales del Capítulo II, Título I del Código Básico. En este precepto tan sólo se exceptúan de esa regla general los derechos fundamentales que se vean limitados por:

- El contenido del fallo condenatorio. Desde este prisma, ninguna de las penas privativas de derechos contempladas en el artículo 39 CP y, por ello, susceptibles de imponerse en el referido fallo, incluye el derecho de huelga.
- El sentido de la pena. Se trata de una excepción al disfrute de los derechos fundamentales basada en la imposibilidad material de ejercer aquellos que no se encuentren expresamente limitados en el fallo condenatorio, puesto que ello chocaría con la propia situación penitenciaria de privación de libertad (por ejemplo, derecho de libertad de residencia o de libre circulación por el territorio nacional). Pero debe tenerse en cuenta que el reconocimiento y ejercicio del derecho de huelga en el plano individual no entra en contradicción de modo necesario y general con la privación de libertad. Esa contradicción sólo se producirá en relación con el ejercicio de ciertas facultades de carácter individual comprendidas en aquel derecho. Tal sucede, por vía de ejemplo, con las facultades que derivan del derecho a participar en las medidas de desarrollo del conflicto en cuanto dichas medidas exijan desplazarse fuera del centro penitenciario. Las restantes facultades que no requieran esa movilidad exterior, así como los cardinales derechos de adherirse o no la huelga convocada o de dar por terminada la libre participación en la misma no han de colidir de forma necesaria con el sentido de la pena. Resulta admisible, por tanto, que el sentido de la pena limite el ejercicio del derecho de huelga (por el ejemplo, el ejercicio instrumental del derecho de reunión). Pero no lo es, desde esta perspectiva finalista, que lo suprima de forma absoluta.
- La ley penitenciaria. En la normativa vigente aplicable (en particular, la LOGP el RD 190/1996, el DTP y la LOLS), no se exceptúan o limitan de modo expreso la titularidad o el ejercicio del referido derecho a estos trabajadores. Por el contrario, el artículo 4.2.c) del RD 190/1996 reconoce a los internos en establecimientos penitenciarios, entre otros, el ejercicio de los derechos sociales, salvo que resulten incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena. Debe recordarse, a este respecto, la inconcusa doctrina constitucional sobre la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las liber-

tades públicas, afirmando que «toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley…» (STC 169/2001), de modo que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal» (SSTC 49/1999 y 70/2002).

2.ª La obligación de trabajar que se impone al recluso (art. 26 LOGP) puede desvirtuar, ciertamente, el presupuesto de la voluntariedad exigido a toda relación laboral en su constitución y ejecución (arts. 35.1 CE y 1.1 ET). Tal obligación recae sobre la prestación laboral, pero en ningún caso alcanza jurídicamente a imponerla bajo condiciones que puedan vulnerar derechos de aquél y, al tiempo, atentar contra su dignidad [art. 26.b) LOGP] al establecer las condiciones de esa actividad laboral.

3.ª En el régimen disciplinario sancionador contemplado en la vigente normativa penitenciaria no encuentra acomodo el lícito ejercicio del derecho de huelga. Desde este prisma, sólo deformando la noción de huelga acuñada por la doctrina constitucional cabría subsumir aquel ejercicio en la tipificación de las infracciones en que pueden incurrir los reclusos al «Participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido» o al «Instigar a otros reclusos a motines, plantes o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos» [arts. 108.a) y 109.c) respectivamente, RD 120/1981, en vigor de acuerdo con la remisión que realiza al efecto el art. 233.1 y 2 del RD 190/1996].

b”) Trabajadores al servicio de establecimientos militares. Como ya se estudió para su derecho de sindicación [Capítulo 15, III, 1, A)], los trabajadores asalariados al servicio de la Administración Militar tienen reconocido el derecho de huelga con el alcance y contenido que señale su normativa de aplicación atendiendo al «superior interés de la defensa nacional» (Disp. Adic. 1.ª DPECEM). La limitación que impone ese interés comporta que el derecho a la actividad sindical reconocido a los trabajadores [art. 2.1.d) LOLS], del que forma la parte la titularidad del derecho de huelga, no pueda ejercerse en el interior de los establecimientos militares, remitiéndose a la norma reglamentaria la determinación de tales establecimientos a estos efectos [Disp. Adic. 3.ª LOLS]. Ante la ausencia de esa regulación, la doctrina constitucional señaló que dicha prohibición tiene «un alcance meramente locativo… que no impide el ejercicio del derecho a la actividad sindical que los trabajadores o sus sindicatos decidan realizar, en lugares distintos al interior de los establecimientos militares» (STC 101/1991), lo que permite concluir que la prohibición no puede extenderse a otras dependencias de la Administración Militar, ya que no cabe identificar ésta en su conjunto con el establecimiento militar (STC 11/1981). En suma, el alcance del límite locativo que recoge la expresión «establecimientos militares» contenida en la Disposición Adicional 3.ª LOLS, quedaría restringido a aquellos que lo fueran en sentido estricto por incorporar de forma exclusiva Fuerzas Armadas en cualesquiera de sus cuerpos, escalas, grados u oficios, lo que respeta el carácter restrictivo con el que deben interpretarse los límites a los derechos fundamentales.

c”) Trabajadores extranjeros. El artículo 11.2 LOEX condicionaba el ejercicio del derecho de huelga de los extranjeros a la obtención de la autorización para trabajar. Por consiguiente, los extracomunitarios que no la hubieran obtenido (situación irregular) exhibían la titularidad del derecho pero no podían ejercerlo, siguiendo el tenor literal de dicho precepto. Esta limitación no encuentra ya acomodo en el texto constitucional, al declarar el TC la inconstitucionalidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» recogido en el citado precepto legal (STC 259/2007), cancelando de este modo una limitación subjetiva del derecho de huelga no conforme con la CE, de forma semejante a lo que sucedía con el derecho de sindicación [Capítulo 15, III, 1, C)]. El contenido esencial del derecho constitucional de huelga incluye la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores extranjeros (arts. 28.2 y 9.2 CE) y, conforme a la doctrina constitucional, entre estos intereses, «puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma» (STC 259/2007).

b') Funcionarios

a") Reconocimiento. Aceptando el modelo estructural del derecho de huelga instaurado en el artículo 28.2 CE, las sucesivas normas reguladoras del régimen jurídico funcionarial vienen reconociéndoles este derecho, de modo indirecto primero (Disp. Adic. 12.ª Ley 30/1984) y en forma explícita después, a salvo de las prohibiciones impuestas a determinados colectivos. Tal reconocimiento se ha vehiculado mediante las normas estatales destinadas a regular la función pública, confirmadas y especificadas después por las sucesivas leyes autonómicas ordenadoras de ese sector del trabajo dependiente. Por lo que hace a la normativa estatal, la recepción normativa de aquel derecho se ha producido merced a una doble vía. De un lado, una vía de reconocimiento general, que hoy encuentra su soporte normativo en el artículo 15.c) EBEP. De otro, una vía de reconocimiento específico, con arreglo a la cual distintas normas estatales incorporan el derecho en cuestión para colectivos determinados de funcionarios. Ello sucede, a guisa de ejemplo, con el artículo 18.c) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud o con el artículo 39.4 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, aprobado por Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 27 de marzo de 2006.

Queda en pie, no obstante, si el derecho reconocido en la ley encuentra o no acomodo en el artículo 28.2 CE, cuestión a la que la doctrina científica no ha dado una respuesta uniforme, aunque el criterio mayoritario afirmativo de ese acomodo cuenta con argumentos de mayor solidez jurídica:

1.º La utilización del vocablo «trabajadores» del artículo 28.2 CE tiene un significado atécnico, referido a la relación individual de trabajo, al margen por tanto de la naturaleza pública o privada que revista formalmente dicha relación. Que ello es así lo confirma una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28.1 CE.

2.º Las peculiaridades previstas en el ejercicio de la actividad sindical (arts. 28.1 y 103.3 CE) no pueden habilitar al legislador para vaciar de contenido la libertad sindical de los funcionarios (STC 98/1985), lo que sucedería si el reconocimiento del derecho de huelga de este colectivo quedara a su arbitrio por entenderse que el artículo 28.2 CE no se lo reconoce de modo individual. A este respecto, debe recordarse la consolidada doctrina constitucional afirmativa de la integración necesaria del derecho de huelga en el contenido esencial de la libertad sindical, lo que hoy viene a confirmar en el plano colectivo de forma expresa para las organizaciones sindicales el artículo 2.2.d) LOLS y tácitamente el artículo 2.1.d) de la propia norma orgánica respecto de los trabajadores.

3.º La inclusión de los funcionarios como titulares del derecho constitucional de huelga se corrobora acudiendo a la pauta hermenéutica que brinda el artículo 10.2 CE para la interpretación de los derechos fundamentales. A su través puede comprobarse que, como regla general, los funcionarios ostentan la titularidad de aquel derecho. En el ámbito internacional, la ostentan conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1.d) y 8.2 PIDESC, hallándose el legislador estatal habilitado tan sólo para someter a restricciones el ejercicio del derecho a determinados colectivos de funcionarios, pero no para prohibirlo de raíz, lo que muestra que tal derecho forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, que no queda al arbitrio del legislador precisamente porque su reconocimiento se plasma en el artículo 28.2 CE. En el ámbito comunitario, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 28 de la CDFUE, norma que tiene atribuido «el mismo valor jurídico que los Tratados», conforme dispone de forma novedosa el artículo 6.1 TUE.

4.º El principio constitucional de jerarquía administrativa (art. 103.1 CE) no puede fundar la exclusión de la huelga de funcionarios del artículo 28.2 CE. De un lado, porque ese principio de actuación constitucional de la Administración Pública no es exclusivo de ésta, puesto que el mismo rige con similar intensidad en la empresa privada, sin que pueda apreciarse ninguna diferencia material entre la supremacía especial de la Administración y la atribuida a las organizaciones privadas, a salvo de la acentuación de aquella intensidad para algunos colectivos funcionariales conforme a lo dispuesto en los artículos 28.1 y 127 CE en relación con los derechos de libertad sindical. De otro, habida cuenta de que la ubicación constitucional del citado principio impide de todo punto esa radical constricción del derecho de huelga, tanto para el trabajo asalariado como para la relación funcionarial, toda vez que la condición de derecho

fundamental que éste exhibe conforma una garantía constitucional frente a la indiscriminada prevalencia sobre el mismo de los intereses generales a cuyo servicio se sitúa el principio en cuestión. Esa preeminencia es por tanto selectiva y opera con base constitucional tan sólo respecto de determinados colectivos funcionariales.

b") Prohibiciones. El derecho constitucional de huelga no se reconoce en pie de igualdad a todos los funcionarios. Algunos cuerpos lo tienen prohibido, aunque los fundamentos normativos y los argumentos utilizados para sostener esta interdicción no sean homogéneos para todos ellos, ni tampoco muestren en todos los supuestos la misma solidez jurídica, lo que aconseja corregir en estos casos las disfunciones o anomalías que ello provoca.

— Fuerzas o Institutos armados sometidos a disciplina militar. Los miembros de las Fuerzas Armadas están expresamente excluidos de la titularidad y del ejercicio del derecho de huelga (art. 181 de la Ley 85/1978). En principio, igual interdicción pesa sobre la Guardia Civil, en cuanto Instituto armado de naturaleza militar conforme a lo dispuesto en los artículos 6.8 y 9.b) LOFCSE y 12 LODDGC.

La prohibición no se funda de modo principal en la previa exceptuación de estos colectivos del derecho de sindicación [Capítulo 15, III, 1, A)]. De modo diverso, la norma prohibitiva parte de la doctrina constitucional negadora del carácter ilimitado de los derechos, incluidos los de naturaleza constitucional (STC 11/1981) y acepta, en consecuencia, que los derechos fundamentales pueden estar sometidos, desde la propia CE, a límites, directos o indirectos. Conforme con esta premisa, la aplicación del límite indirecto puede suponer un sacrificio, íntegro o parcial, del derecho fundamental, que, en todo caso, «ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (STC 11/1981). El ejercicio del derecho de huelga por los miembros de las Fuerzas e Institutos armados sometidos a disciplina militar colisionaría sin duda con la protección de otros derechos constitucionales, algunos de carácter fundamental, y con otros bienes constitucionalmente protegidos, habida cuenta de las decisivas y trascendentales funciones asignadas a las Fuerzas Armadas por el artículo 8 CE (garantía de la soberanía e independencia de España, defensa de la integridad territorial y el ordenamiento constitucional, en todo caso bajo la dirección del Gobierno del Estado ex art. 97 CE). La atribución constitucional de estas funciones justifica la exclusión de la titularidad del derecho de huelga para este colectivo militar, dada la incompatibilidad que de su ejercicio resultaría con el consecuente principio instrumental de disciplina y obediencia jerárquica, que alcanza para ellos la máxima acentuación en contraste con los restantes cuerpos funcionariales (art. 4.1, séptima y octava Ley 39/2007).

Por lo que se refiere a la Guardia Civil, de lo señalado se infiere que el derecho de huelga de este colectivo habría de seguir la misma vía de exclusión propia de las Fuerzas Armadas, dado su carácter de Instituto armado de naturaleza militar y en tanto este carácter se mantenga legalmente. Sin embargo, debe precisarse ahora el importante matiz de que la interpretación literal de los artículos 6.8 LOFCSE y 12 LODDGC permite concluir que los miembros de la Guardia Civil están exceptuados del ejercicio del derecho pero retienen su titularidad, lo que deja abierta la posibilidad de un cambio futuro de la norma considerando que dicho cuerpo no está integrado normativamente en las Fuerzas Armadas, sino en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyas funciones constitucionales se diferencian claramente de las primeras.

- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sobre este colectivo incide la terminante prohibición de «ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios» (art. 6.8 LOFCSE). De acuerdo con esta norma orgánica, dicha prohibición afecta a la Guardia Civil, como ya se ha señalado, al Cuerpo Nacional de Policía, así como a los Cuerpos de Policía dependientes de las CCAA y de las Corporaciones Locales (arts. 2 y 9 LOFCSE).

En lo tocante a los distintos Cuerpos de Policía, la referida interdicción resulta más problemática si se consideran con cierto detenimiento los primordiales fundamentos jurídicos que la sustentan.

- La interdicción no puede basarse únicamente en el carácter de Instituto armado de estos Cuerpos. En primer lugar, porque su calificación jurídica exacta es la de Instituto armado de naturaleza civil, como ya se vio en su momento [arts. 9.a) 41.2 y 52.1 LOFCSE]. Tal calificación deriva de la clara separación entre Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establecida, respectivamente, en los artículos 8 y 104 CE, atendiendo a sus distintas funciones y estructura organizativa, lo que ha de tener su reflejo en el diverso tratamiento legislativo de sus derechos constitucionales. En segundo término, y en base también a esa separación constitucional, porque la sujeción al principio de jerarquía que se predica de este colectivo [art. 5.d) LOFCSE], no puede tener el carácter acentuado que supone el principio de disciplina militar para las Fuerzas o Institutos armados sometidos a la misma, de forma que este principio resulta inaplicable para los Cuerpos de Policía.
- La interdicción de este derecho, fundada en la necesidad de mantener el normal funcionamiento de los servicios encomendados a estos funcionarios, supone contradecir la doctrina constitucional sobre el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga. En esa doctrina se afirma que dicho mantenimiento no comprende en todo caso la totalidad de los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, puesto que es preciso ponderar casuísticamente una serie de factores, tales como «la extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, las necesidades que en la concreta coyuntura existan…» (STC 26/1981).
- Considerando las distintas naturaleza, funciones y estructura organizativa de los Cuerpos de Policía respecto de las Fuerzas e Institutos armados sometidos a disciplina militar, las restricciones a las que pueden ser sometidos en el ejercicio del derecho de huelga con arreglo a la normativa internacional no deben alcanzar para estos colectivos el nivel de la prohibición (art. 8.2 PIDESC).

– Jueces, Magistrados y Fiscales. A diferencia de los anteriores colectivos, para estos funcionarios no existe una expresa prohibición de ejercer el derecho de huelga. La interdicción explícita se ciñe, como es sabido, a la titularidad y consiguiente ejercicio del derecho de sindicación (arts. 127.1 CE y 1.4 LOLS, 395 LOPJ y 54 de la Ley 50/1981). Pero de esta interdicción no puede inferirse de modo necesario la tácita y paralela de ejercer el derecho de huelga, toda vez que la CE configura en clave individual la titularidad de tal derecho, sin que el mismo quede por tanto supeditado al reconocimiento del derecho de sindicación.

La prohibición de ejercer el derecho de huelga por estos funcionarios tampoco puede fundarse en la necesidad de preservar los principios de independencia e imparcialidad en relación con el prestigio de las funciones jurisdiccional y fiscal, a fin de evitar la politización de las mismas derivada de la pertenencia de aquéllos a partidos políticos y sindicatos, necesidad invocada en su momento para excluir su derecho de sindicación. Ello supone pasar por alto la existencia de un repertorio de mecanismos legales que garantizan de forma acabada la observancia de los mencionados principios en el ejercicio de aquellas funciones, sin necesidad de acudir a la supresión de un derecho fundamental, como es el de huelga. En este sentido, conviene recordar que la garantía de la independencia se concreta para los Jueces y Magistrados en las reglas sobre inamovilidad, incompatibilidades, prohibiciones e inmunidad judicial (arts. 12 a 15 y Título II, Libro IV de la LOPJ), así como en el sometimiento a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria (art. 16 y Título III, Libro IV LOPJ). Respecto de los Fiscales, su imparcialidad queda garantizada mediante las prescripciones relativas a las incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidad civil, penal y disciplinaria (arts. 7, 57, 58, 60 a 70 de la Ley 50/1981).

No existiendo prohibición legal expresa y al tratarse de un derecho fundamental cuya titularidad individual no depende del previo reconocimiento del derecho de sindicación, no se advierte óbice normativo suficiente para que los Jueces, Magistrados y Fiscales puedan ejercer el derecho de huelga al amparo del artículo 28.2 CE, debiendo sujetarse en todo caso en su ejercicio al límite expreso que exige asegurar el mantenimiento del servicio esencial de la Administración de Justicia, en el que están directamente concernidos, entre otros, los derechos fundamentales a la libertad, a la seguridad y a la tutela judicial efectiva.

—Personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia. Para este colectivo no existe tampoco una expresa interdicción legal de ejercer el derecho de huelga, ya que, la norma sólo lo excluye explícitamente del derecho de libertad sindical, aunque con insuficiencia técnica, como se vio (Capítulo 15, III, 2, A). La calificación como falta disciplinaria grave de «cualquier reclamación, petición o manifestación» que se formule «con carácter colectivo» (art. 95.15 RD 240/2013), según también se señaló en ese capítulo, refleja, ciertamente, el rechazo normativo al ejercicio por este personal de medidas de conflicto colectivo y, entre ellas, el derecho de huelga y la implícita prohibición de su ejercicio.

Sin embargo este rechazo tampoco cuenta aquí con fundamento normativo suficiente, pues su validez requiere ser instrumentado mediante ley orgánica (art. 81 CE), habida cuenta del emplazamiento en el que se ubica el artículo 28.2 CE, que le confiere la condición de derecho fundamental. Carece por ello del rango normativo exigido para articular la prohibición, tanto la citada norma reglamentaria, como la norma legal ordinaria que la habilita (la Ley 11/2002), facultando al Gobierno para regular el estatuto de este personal y, en este marco, «El régimen de derechos y deberes que conjugará el de la función pública y el del personal sujeto a disciplina militar (art. 8.1, f), ambas normas posteriores al texto constitucional. La inexistencia de la norma legal requerida para establecer la prohibición del derecho de huelga de este colectivo, así como la autonomía normativa con que se configura constitucionalmente tal derecho, cuya titularidad individual no depende del previo reconocimiento del derecho de sindicación, como ya se ha señalado, determinan la invalidez de la exclusión hasta tanto la misma se articule mediante ley orgánica y el consiguiente reconocimiento de la titularidad y ejercicio del derecho de huelga al referido personal, con sujeción, claro es, a los procedimientos y límites establecidos al respecto, entre otros el relativo al mantenimiento del servicio esencial que el CNI tiene encomendado.

c') Trabajadores autónomos

De modo genérico, la doctrina constitucional ha excluido de la titularidad individual del derecho de huelga a los trabajadores autónomos. Con arreglo a esa doctrina «la cesación de la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les atribuya ningún derecho…» (STC 11/1981). La LETA parece seguir esta línea, puesto que no alude expresamente al derecho de huelga del trabajador autónomo ni al contemplar en su preámbulo los fundamentos constitucionales de la norma estatutaria, ni al regular en su articulado los derechos de estos trabajadores.

Sin embargo, el alcance de aquella exclusión debe ser matizado, ya que la misma no afecta por igual a todo tipo de trabajador autónomo. De un lado, no afecta al trabajador autónomo puro, es decir, al que no emplea trabajadores asalariados. No es cuestionable que éste puede secundar huelgas en las que se planteen reivindicaciones conjuntas con trabajadores por cuenta ajena, ya que sus intereses profesionales y colectivos son susceptibles de coincidir o estar involucrados en los que se persigan mediante dichas medidas de autotutela, teniendo en cuenta el amplio perímetro subjetivo que para la huelga de solidaridad ha trazado la doctrina constitucional (STC 11/1981 e infra 2), así como la inexigencia, desde el modelo estructural de huelga contemplado en la CE, de que la misma se plantee en todo caso frente al empleador como contraparte de la relación de trabajo. De otra parte, la exclusión tampoco comprende al TRADE, ya que éste presta su actividad económica o profesional como tal en régimen de exclusividad para un solo cliente (art. 11 LETA) y, por tanto, carece de libertad para formalizar otra relación contractual en su con-

dición de TRADE. En consecuencia, y desde este ángulo de visión, nada obsta a que éste pueda secundar las huelgas convocadas por los representantes de los trabajadores asalariados, al compartir con los mismos, íntegra o parcialmente, las reivindicaciones que las motiven.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina constitucional, los trabajadores autónomos no podrían ejercer el derecho de huelga dada la inexistencia «de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita» (STC 98/1985). Esta afirmación ha de entenderse, sin embargo, en el contexto de esa doctrina, como imposibilidad legal de ejercer el derecho de huelga de forma independiente por ese colectivo, habida cuenta de la prohibición legal que rige para el mismo de fundar sindicatos «que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares» (art. 3.1 LOLS), pero no, a contrario sensu, como interdicción de sumarse a las huelgas convocadas por los sindicatos a los que se encuentren afiliados [art. 19.1.a) LETA] y en las que se formulen reivindicaciones que los trabajadores autónomos puros y los TRADE compartan con los trabajadores asalariados.

b) Ámbito colectivo

De lo establecido para la legitimación de la convocatoria o declaración de la huelga, se infiere que ostentan la titularidad colectiva de las facultades integradas en el derecho los representantes sindicales y unitarios de los trabajadores, así como éstos directamente (art. 3.2 DLRT). Su estudio más detenido se remite al lugar correspondiente de este epígrafe en el que se examina aquella legitimación [infra 3, A)].

2. Límites

A) Internos

Los límites internos del derecho de huelga derivan de su configuración por la ley de acuerdo con la función social que mediante el mismo pretende realizarse. Tales límites se materializan en el concepto de huelga y en los tipos o modalidades que de la misma admite el ordenamiento en orden al ejercicio del derecho. De este modo, dicho concepto y tipos limitan el ámbito de licitud de tal ejercicio. Habiéndose trazado con anterioridad el concepto de huelga, corresponde ahora estudiar los límites internos del derecho que derivan de la conformidad o no con el ordenamiento de los tipos de huelga respecto de los cuales el derecho puede o no ejercerse lícitamente.

La vigente ordenación del derecho de huelga permite establecer una doble clasificación de esta medida de conflicto colectivo atendiendo a su conformidad o ajuste a Derecho. De acuerdo con ese criterio, puede distinguirse entre huelgas legales y huelgas ilegales. Estas últimas se desdoblan, a su vez, en huelgas ilegales expresas y huelgas ilegales presuntas o abusivas. La distinción remite a un régimen jurídico diferenciado para cada uno de estos tipos de huelga.

a) Huelgas legales

a') Concepto

No existe una definición normativa completa de la huelga legal. El artículo 7.1 DLRT se limita a proporcionar un concepto de la misma referido tan sólo a algunos de los que el legislador preconstitucional considera sus rasgos caracterizadores típicos: el cese en el trabajo y la inasistencia al mismo. En tal sentido, dicho precepto señala que «El ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». Pero la legalidad de la huelga no depende sólo de su acomodo al tipo o modalidad de huelga establecido por el ordenamiento. También han de tenerse en cuenta para su calificación otras determinaciones normativas que rigen el derecho de huelga.

Desde esta óptica, puede conceptuarse como huelga legal aquella en la que el derecho a la misma se ejerce de acuerdo con las prescripciones legales y, en su caso, convencionales que lo regulan (titularidad, límites y procedimiento).

b') Tipos

La ley se abstiene de regular los tipos de huelga legal, desplazando a la autotutela colectiva la elección del tipo que mejor se ajuste en cada momento al lícito ejercicio del derecho. El abanico tipológico de huelgas legales es tan amplio como permite el desarrollo de la aquella autotutela, pudiendo clasificarse en función de diversos criterios, tales como el ámbito funcional (general, sectorial o profesional), la duración (indefinida o temporal), la forma de desarrollo (continuada o intermitente), o la capacidad de afectación subjetiva (directa o de solidaridad). Dos de ellas han sido admitidas por la doctrina y la jurisprudencia.

La primera es la huelga espontánea, cuya legalidad deriva, como se indicó, del dato normativo que atribuye la facultad de convocar o declarar la huelga no sólo a los representantes de los trabajadores, sino también a los propios trabajadores individualmente considerados [art. 3.2.b) DLRT]. El segundo tipo de huelga legal es la huelga intermitente, cuya legalidad ha admitido la jurisprudencia (STS 13-10-1981). Este tipo se caracteriza por el hecho de que todos los trabajadores en huelga cesan simultáneamente en su prestación de servicios pero lo hacen a intervalos periódicos (por ejemplo, unos minutos o unas horas en cada jornada laboral), lo que permite diferenciar esta modalidad, que goza de presunción de licitud: SSTS 30-6-1990 y 17-12-1999, de la denominada huelga rotatoria, que supone el cese sucesivo y alternativo (no simultáneo) de la prestación de servicios de los trabajadores de cada unidad de producción o prestación de servicios, a fin de desbaratar la coordinación de la misma; huelga que, como se verá, es calificada por la ley como acto ilícito o abusivo.

b) Huelgas ilegales

a') Concepto

Completando la noción que la norma suministra al efecto, la huelga ilegal puede delimitarse como aquella en la que el derecho a la misma se ejerce contraviniendo las prescripciones legales que lo regulan o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos [art. 11.d) DLRT]. Por consiguiente, quedan sin protección legal las huelgas que se convoquen o desarrollen al margen de los límites y requisitos procedimentales previstos, bien legalmente (por ejemplo, falta de legitimación para convocar huelga, incumplimiento de servicios mínimos), bien convencionalmente (por ejemplo, incumplimiento del deber de paz contractual, o del recurso previo o alternativo a procedimientos de solución conflictos).

La no conformidad de estas huelgas con las prescripciones exigidas tiene una doble expresión en la ley. De un lado, las huelgas ilegales expresas, cuyo desajuste con la norma no está sujeto a condición o reserva. De otro, las huelgas ilegales presuntas abusivas, que la norma excluye también del ámbito legal pero bajo la presunción iuris tantum de ilicitud o abusividad.

b') Huelgas ilegales expresas

La ley establece de modo expreso un elenco de huelgas que quedan directamente al margen de la legalidad (arts. 7.1 y 11 DLRT).

a'') Las huelgas políticas. Se trata de aquellas huelgas que se inicien o sostengan por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados [art. 11.a) DLRT]. Sin embargo, no se consideran como tales por la jurisprudencia aquellas cuya motivación sea mostrar la disconformidad con las decisiones de los poderes públicos que afecten directamente al interés profesional de los trabajadores (SSTCT 3-4-1987 y 2-11-1987). Por tanto, son legales las huelgas so-

cioeconómicas de proyección política. No lo son las que tengan un exclusivo fin político ajeno al interés, no sólo profesional, sino socioeconómico de los trabajadores (arts. 7 y 28.2 CE).

Esta delimitación jurisprudencial de la legalidad de la huelga socioeconómica de proyección política es importante en la esfera de la función pública. En este ámbito, el destinatario de todas las huelgas es, por definición, el poder público administrativo, pero la legalidad de la huelga no viene determinada por su destinatario, según la referida doctrina y el modelo estructural de huelga admitido en la CE, sino por el contenido de las reivindicaciones que originan la convocatoria de la medida conflictual.

b") Huelgas de solidaridad o apoyo [art. 11.b)]. La redacción inicial de este precepto sólo consideraba legales las huelgas que afectaran «directamente» al interés profesional de quienes las promovieran o sostuvieran. Quedaban así prohibidas todo tipo de huelgas de solidaridad realizadas por trabajadores que no se hallaran en una situación profesional similar (pertenencia al mismo grupo o categoría profesionales) a la de aquellos cuya huelga se pretendía apoyar.

De este modo, la mayor parte de huelgas de solidaridad permanecía al margen de la protección legal, aun siendo ésta una modalidad clásica de huelga utilizada por los sindicatos y los trabajadores. Consciente de ello y de que el límite subjetivo del artículo 28.2 CE (el derecho de huelga de los trabajadores) no impide admitir la legalidad de las huelgas de solidaridad, la doctrina constitucional amplió el campo aplicativo de este tipo de huelga, declarando inconstitucional el adverbio «directamente» utilizado en dicho precepto por restringir de forma indebida el contenido esencial del derecho. Como consecuencia de esa declaración, estableció que, para considerar dicha modalidad de huelga como legal, basta con que la huelga originaria a la que se preste apoyo afecte al interés profesional de los trabajadores que realizan la huelga de solidaridad, debiendo entenderse el adjetivo profesional que recoge dicho precepto «referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales, no, naturalmente, en cuanto miembros de una categoría laboral específica» (STC 11/1981).

c") Huelgas novatorias. Se consideran ilegales asimismo las huelgas que tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo [art. 11.c) DLRT]. Pero el deber legal de paz que se establece en este precepto es sólo relativo. Hay una amplia gama de supuestos en que la huelga, aun declarada y realizada durante la vigencia de un convenio colectivo o de un laudo, es plenamente legal (STC 11/1981, SSTS 23 y 24-10-1989). Así sucede con las huelgas que tengan por objeto:

- Defender una determinada interpretación de lo pactado.
- Presionar para la efectiva aplicación de lo pactado, que se incumple total o parcialmente por el empleador.
- Reclamar una reforma del convenio cuando haya una variación absoluta y radical de las circunstancias que permita aplicar la cláusula rebus sic stantibus.
- Presionar para forzar la negociación en materias previstas en el convenio pero pendientes aún de regulación.
- Formular reclamaciones sobre materias o aspectos no previstos en el convenio.

Alguna jurisprudencia permitiría pensar que también es posible formular reclamaciones sobre materias previstas en el convenio cuando se trate de un convenio colectivo extraestatutario, del que no se deriva el deber legal y relativo de paz (SSTCT 15-3-1988 y 22-6-1988). Sin embargo, aun siendo controvertida la aplicación a este tipo de convenio del artículo 11.c) DLRT, el principio de buena fe que rige específicamente la materia contractual (art. 1.258 CC), impide declarar la huelga sobre las materias acordadas en dicha clase de convenio que el empleador cumpla conforme a lo pactado.

d") Huelga con ocupación del lugar de trabajo. Sin trazar distinción alguna, la norma establece, como ya se anticipó, que el ejercicio del derecho de huelga debe realizarse sin ocupación por los trabajadores huelguistas del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (art. 7.1 DLRT). De este modo, queda, en principio, instaurada la ilegalidad de cualquier huelga con ocupación del lugar de trabajo.

Pero esa conclusión conduce a una reducción sustancial de la eficacia del ejercicio del derecho de huelga en cuanto afecta al desarrollo del instrumental derecho de reunión, así como del contenido esencial reconocible como ejercicio del derecho de huelga. De ahí que la doctrina constitucional haya interpretado ese precepto en el sentido de que la prohibición contenida en el mismo «no puede entenderse como regla impeditiva del derecho de reunión de los trabajadores, necesario para el desenvolvimiento del derecho de huelga y para la solución de la misma» (STC 11/1981). Ampliando el ámbito de legalidad de la huelga con ocupación del lugar del trabajo, el TC ha sentado la doctrina de que la huelga únicamente es ilícita «cuando con ella se vulnera el derecho de libertad de otras personas (por ejemplo, los trabajadores no huelguistas) o el derecho sobre las instalaciones y los bienes».

c') Huelgas ilegales presuntas o abusivas

a") Concepto. Tampoco para este tipo de huelgas ilegales suministra el ordenamiento un concepto, sino únicamente algunos supuestos que encajan en el mismo (art. 7.2 DLRT). Acudiendo al concepto general de abuso de derecho (art. 7.2 CC), puede afirmarse que este tipo de huelga supone el ejercicio objetiva y externamente legal del derecho, pero con el resultado de provocar un daño injusto para el empleador y/o para terceros, daño que, por lo tanto, ni uno ni otros tienen la obligación de soportar. Finalidad común a este tipo de huelga es la de lograr, con un sacrificio menor por parte de los huelguistas al que sería usual en otros tipos de huelga legal, un efecto desorganizador de los elementos y de la capacidad productiva o de prestación de servicios de la empresa o de la unidad administrativa.

Los tipos de huelgas abusivas que contempla el artículo 7.2 DLRT son meramente ejemplares, ya que el mismo precepto se encarga de establecer el carácter ilícito o abusivo de «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga», es decir, distinta de la huelga legal típica definida en el número 1 de ese precepto.

La doctrina constitucional considera que el artículo 7.2 DLRT establece una presunción iuris tantum de abuso del derecho de huelga respecto de estas modalidades (STC 11/1981). Lo que significa que los huelguistas que las utilicen pueden probar ante el órgano judicial competente que el ejercicio del derecho no fue abusivo.

En este sentido, dicha doctrina ha señalado, no exhaustivamente, ciertos límites internos al derecho de huelga (derivados de su propia configuración conceptual por el legislador), que permiten valorar si ha habido o no abuso en el ejercicio del derecho de huelga. De acuerdo con la doctrina constitucional, tal abuso ha de entenderse producido cuando se sobrepasan los siguientes límites internos al derecho de huelga:

- El principio de proporcionalidad de sacrificios mutuos, plasmado en la suspensión de la relación laboral o de empleo público y en la consiguiente inexigencia de las prestaciones de trabajo y retributiva.
- La perturbación de la producción, pero acompañada de un efecto multiplicador de la huelga, que da como resultado una desorganización en el proceso de producción o prestación de servicios que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya terminado.
- El deber mutuo de lealtad y honradez, que la huelga no hace desaparecer.

En suma, de acuerdo con esa doctrina constitucional, la presunción de ilegalidad de las huelgas abusivas puede desvirtuarse si los huelguistas prueban que los referidos principios y deberes no han sido vulnerados mediante la modalidad de huelga llevada a cabo. Pero ha de tenerse en cuenta que esa actividad probatoria es posterior, en su caso, a la que realice la parte demandante, al haber señalado la jurisprudencia la correcta distribución del onus probandi a este respecto, pues lo que debe presumirse es la validez de las huelgas abusivas, correspondiendo la prueba del abuso de derecho a quien interese (STS 22-11-2000).

b") Tipos. Como se acaba de señalar, el artículo 7.2 DLRT contempla determinadas tipos específicos de huelga, que, al tiempo, califica como actos ilícitos o abusivos.

- La huelga rotatoria. Como ya se anticipó, se caracteriza por realizar el cese de la prestación de servicios con carácter sucesivo y alternativo en las diversas unidades de producción o distribución de servicios. De este modo, existe un efecto multiplicador de la huelga en la organización del trabajo y en la capacidad de producción de bienes y servicios, reduciéndose el coste de la huelga para los trabajadores.
- La huelga estratégica o neurálgica. Efecto multiplicador es, asimismo, el que puede producir la huelga realizada en sectores estratégicos (elemento objetivo) con la finalidad de interrumpir el proceso productivo o de prestación de servicios (elemento subjetivo). Por ejemplo, huelga de maquinistas de trenes, de pilotos, de controladores aéreos o de prácticos de puerto. Se reduce así, de modo artificial, el ámbito de conflicto, pues la actuación de unos pocos trabajadores tiene un efecto amplificador que puede llegar a suponer la paralización del referido proceso.

Para la jurisprudencia, el elemento subjetivo tiene una importancia decisiva, pues si no concurre aquella finalidad la huelga no puede calificarse de abusiva (STS 3-4-1991). Por lo tanto, en línea de principio, no todas las huelgas realizadas por trabajadores que presten sus servicios en sectores estratégicos han de ser necesariamente ilegales. Sin embargo, resulta difícil, en el terreno probatorio, diferenciar los supuestos en que dicha intencionalidad concurre, ya que, aunque la misma no exista, el resultado de este tipo de huelga suele ser que el proceso de producción de bienes o de prestación de servicios queda interrumpido, total o parcialmente en función del colectivo convocado y del seguimiento de la misma.

— La huelga de celo o reglamento. Comporta un minucioso cumplimiento de la actividad laboral, de acuerdo con las prescripciones normativas y contractuales, de forma que se desencadena un considerable retraso en la ejecución del trabajo.

En realidad no existe aquí un comportamiento huelguístico, pues en ningún momento se deja de realizar la prestación de servicios. Se trata más bien de una medida de CCT que pretende desbaratar el proceso productivo o de prestación de servicios, sin que ello suponga ninguna desventaja patrimonial para los trabajadores.

B) Externos

Derivan de la colisión de los intereses tutelados por el derecho de huelga con otros derechos e intereses también protegidos por el ordenamiento. Se examinan a continuación dos límites externos de indudable relevancia: el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y los derivados de la confrontación del derecho de huelga con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

a) El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad

Se trata de un límite externo expresamente previsto por el artículo 28.2 CE a fin de atender los legítimos intereses de los ciudadanos (entre los que también se encuentran otros trabajadores) a la prestación de dichos servicios esenciales, con determinada intensidad y bajo concretas circunstancias. Varias precisiones suscita la existencia de este límite:

a') El concepto de servicios esenciales de la comunidad. De acuerdo con la doctrina constitucional, el servicio debe calificarse como esencial atendiendo, no a la naturaleza de la actividad, sino al resultado que se persigue con la prestación de la misma (por ejemplo, el transporte ferroviario). Lo que supone, en definitiva, atender a los intereses que pretenden satisfacerse con la prestación de la actividad de que se trate [en el mismo ejemplo: satisfacer el derecho de circular y de libre desplazamiento por el territorio nacional (art. 19 CE) para poder así ejercer otros derechos constitucionales: derecho al trabajo, derecho de reunión, de asociación...].

Por ello, para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos, entendiéndose por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente

protegidos. Esta doctrina tiene una importante consecuencia, especialmente en el ámbito de las Administraciones Públicas: que no existe, a priori, ningún tipo de actividad productiva o de prestación de servicios que, por sí misma, pueda considerarse como esencial. La actividad sólo será esencial si satisface aquellos derechos, libertades y bienes constitucionales y en la medida y con la intensidad con que los satisfaga (STC 51/1986). Por ello resulta indispensable ponderar el conjunto de circunstancias que concurren en cada huelga declarada (SSTC 8/1992 y 148/1993). Por consiguiente, el conjunto de los servicios públicos que presta la Administración Pública no es calificable, a priori, como servicios esenciales. Y ello pese a la utilización del término servicios públicos por el artículo 10.2.º DLRT, pues el artículo 28.2 CE sólo alude a los servicios esenciales, por lo que debe prevalecer esta última expresión.

El principal problema que se ha venido planteando desde la entrada en vigor de la CE, tanto en el sector privado como en el público, y que la referida doctrina del TC deja abierto, es el de la inexistencia de norma alguna que identifique, con mayor concreción y de forma permanente, los servicios esenciales de la comunidad. Desde la vigencia de la CE, es la autoridad gubernativa competente quien determina el carácter esencial de un determinado servicio de forma casuística. El PLOH resolvía este problema mediante la identificación de dichos servicios esenciales, siguiendo la doctrina finalista del TC, de un doble modo. Primero estableciendo los derechos fundamentales cuyo contenido debía quedar garantizado en caso de huelga (derecho a la vida, a la integridad física y la protección de la salud, la libertad y la seguridad, la libre circulación, la libertad de información, la comunicación, la educación y la tutela judicial efectiva). Seguidamente señalando los sectores y actividades relacionados habitualmente con el ejercicio de los referidos derechos fundamentales y cuyo mantenimiento era necesario garantizar a través de ciertas prestaciones indispensables (hasta diecisiete sectores o actividad recogía dicho PLOH con carácter no exhaustivo, tales como la sanidad y la higiene pública; la defensa, la seguridad pública y la protección civil, el pago de las prestaciones públicas de protección social o el transporte y la distribución de mercancías de primera necesidad).

b') El alcance del término mantenimiento. El TC perfila ese alcance mediante una doble vía. Una primera es de carácter negativo. De acuerdo con la cual, la expresa utilización de dicho término excluye cualquier garantía dirigida al funcionamiento normal del servicio. La segunda vía pretende, por el contrario, señalar más concretamente el contenido del término en cuestión. En este sentido mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, lo que supone que no puede alcanzarse de ningún modo el nivel de rendimiento habitual (SSTC 53/1986 y 27/1989). No obstante, la práctica muestra que, sin llegar al rendimiento habitual, existe una gradación en esa cobertura de acuerdo con la naturaleza de los sectores y actividades afectados. Por ejemplo, a estos efectos no puede recibir el mismo tratamiento el sector de la sanidad que el de la fabricación de bebidas alcohólicas.

c') La autoridad competente para acordar las medidas necesarias que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales. A este respecto, el artículo 10.2.º DLRT alude a la autoridad gubernativa. El TC ha considerado que dicha autoridad se refiere a los órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno (SSTC 11/1981 y 26/1981). En tal caso se encuentran, por ejemplo, el Gobierno de la Nación, los Consejos de Gobierno de las CCAA, los Delegados del Gobierno, el Alcalde o el Pleno de las Entidades Locales, pudiendo delegarse dicha competencia en un órgano inferior, sin que sea admisible una delegación sucesiva (STS 4-11-1986). Aunque la autoridad gubernativa es la que ostenta legalmente la competencia para decidir sobre las medidas necesarias que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales, es jurídicamente posible abrir a este respecto un período previo de consultas o de negociación con los huelguistas y sus representantes. Por tanto, la consulta o negociación previas a la adopción de dichas medidas no está excluida, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde la óptica constitucional (STC 51/1986 y STS 13-2-1989), si bien en la práctica sea frecuente realizar esa consulta o negociación.

Cuestión distinta de la atribución de esa competencia a la autoridad gubernativa y de la consulta o negociación previa, es que la puesta en práctica de los servicios mínimos una vez decididos (designación del concreto personal afectado por los mismos, así como de las condiciones técnicas de la prestación), pueda ser confiada bien a la autonomía colectiva (negociación colectiva o autorregulación sindical), bien a la propia dirección del servicio (STS 26-5-1987). Se trata en este caso de un complemento técnico o funcional en la determinación de los servicios mínimos. Corresponde a la autoridad gubernativa decidir en favor de uno u otro sistema en atención a diversos factores, tales como la complejidad técnica de la labor a desarrollar y la oferta de colaboración en la preservación de los servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y los sindicatos (STC 53/1986).

d') Las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales. Tales garantías pueden ser de diversa índole: establecimiento de servicios mínimos, realización por la propia Administración Pública de los trabajos indispensables para mantener la actividad esencial, el recurso al arbitraje obligatorio (art. 10.1 RDL de 4 de marzo de 1977), o, en fin, la militarización de los trabajadores huelguistas (sólo posible en el marco de la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio, LO 4/1981).

La garantía de más frecuente utilización es el establecimiento de los servicios mínimos, esto es, de las prestaciones indispensables para la cobertura básica del servicio esencial. Como se ha dicho, es la autoridad gubernativa quien los establece, pero nada impediría que esta fijación se determinara en acuerdos colectivos específicos para cada sector de la actividad, negociados en frío por las Administraciones Públicas responsables del servicio y los sindicatos representativos; acuerdos que con posterioridad recibieran su aprobación por el órgano de gobierno competente mediante norma reglamentaria, pudiendo dictarse la misma directamente por aquel órgano ante la ausencia de acuerdo colectivo.

En todo caso, la determinación por la autoridad gubernativa de los servicios mínimos ha de respetar un doble requisito:

- La proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y los intereses de los huelguistas, sin que en ningún caso pueda vaciarse el contenido esencial del derecho de huelga. Este requisito remite al análisis de los factores concretos de cada huelga, tales como la naturaleza de los derechos que se trata de proteger mediante los servicios mínimos; la duración de la huelga, su extensión, la clase y el número de servicios que han de prestarse o las características del centro de trabajo (SSTS 13-6-1990, dos sentencias).
- La motivación de la medida. Supone explicar y justificar de modo suficiente los criterios seguidos para fijar el nivel de los servicios, tanto por lo que se refiere a las prestaciones garantizables como en lo que afecta al personal necesario para su realización. No son suficientes a este propósito unos simples criterios numéricos para entender motivado el acto de fijación de los servicios mínimos.

El incumplimiento de los citados requisitos determina la nulidad del acto administrativo de establecimiento de los servicios mínimos. Sin embargo, la declaración judicial de nulidad se produce habitualmente cuando la huelga ya ha concluido, con lesión por tanto del derecho de huelga de todos o parte de los trabajadores adscritos a los servicios mínimos, aunque sea posible exigir judicialmente con posterioridad la indemnización correspondiente al perjuicio sufrido.

b) Límites derivados de la colisión del derecho de huelga con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos

Determinados derechos o bienes constitucionales puede ponerse en peligro en ciertas situaciones de anormalidad que supongan alteraciones graves de la normal convivencia (catástrofes naturales, alteraciones graves del orden público interno, actos de fuerza contra la soberanía e independencia de España…). En tales situaciones, la CE, en sus artículos 55.1 y 116, habilita a los poderes ejecutivo y legislativo para declarar los estados de alarma, excepción y sitio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981,

de 1 de junio, reguladora de dichos estados. La declaración de dichos estados puede llevar aparejadas la adopción de ciertas medidas que incidan en el ejercicio del derecho de huelga y del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo.

El Gobierno está facultado para declarar el estado de alarma ante la «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad», cuando no se garantice el mantenimiento de los dichos servicios y, además, concurra alguna o algunas de las circunstancias legalmente previstas que operan como presupuestos de hecho habilitadores de aquella declaración (terremotos, inundaciones, incendios, epidemias… art. 4 Ley 4/1981). En tales supuestos, el Gobierno está facultado para la intervención de empresas o servicios relacionados con las circunstancias de anormalidad, así como para la movilización de su personal (imposición obligatoria de las prestaciones laborales, lo que puede suponer un límite al ejercicio del derecho de huelga) a fin de asegurar su funcionamiento (art. 12.2 Ley 4/1981).

En los supuestos en que el normal funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad resulte tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades ordinarias por el Ejecutivo fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno puede solicitar al Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción (art. 13.1 Ley 4/1981). Cuando la autorización comprenda la suspensión de los artículos 28.2 y 37.2 CE, la autoridad gubernativa puede prohibir las huelgas y la adopción de medidas de CCT durante el tiempo al que se contraiga la declaración del estado de excepción (art. 23 Ley 4/1981).

La mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno puede declarar el estado de sitio cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía e independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios. La declaración podrá autorizar asimismo la prohibición de las huelgas y de la adopción de medidas de CCT, así como la intervención de empresas o servicios y la movilización de su personal (art. 32.3 Ley 4/1981, en relación con los arts. 12 y 23 del mismo cuerpo legal).

3. Procedimiento de ejercicio del derecho

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, el legislador está habilitado para sujetar el ejercicio del derecho de huelga a un determinado procedimiento, siempre que las formalidades que se introduzcan no sean arbitrarias, tengan por objeto tutelar otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y no sean tan rígidas o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho (STC 11/1981). La regulación de ese procedimiento se contiene en el DLRT, pero aplicado con arreglo a la interpretación y juicio de constitucionalidad que del mismo efectuó la STC 11/1981 y la jurisprudencia ordinaria.

De conformidad con dicha regulación, el procedimiento para ejercitar el derecho de huelga presenta tres fases: inicio, desarrollo y terminación de la huelga.

A) Inicio

a) Convocatoria

La convocatoria o declaración de huelga requiere en todo caso la adopción de acuerdo expreso. Recuérdese que, si bien la titularidad del derecho de huelga es individual, su ejercicio es colectivo, exigiendo por tanto su «concierto o acuerdo» entre los trabajadores (STC 11/1981).

Están legitimados para acordar la declaración o convocatoria de huelga (art. 3.2 DLRT):

a') Los representantes de los trabajadores, tanto unitarios como sindicales. Para el reconocimiento de la representación sindical el legislador carece de opción alguna, teniendo en cuenta la doctrina constitucional que suelda el ejercicio colectivo del derecho de huelga al contenido esencial de la libertad sindical,

así como el reflejo de esta doctrina en el artículo 2.2.d) LOLS. Por otra parte, la cualidad de representantes de los trabajadores que reúnen las Secciones Sindicales respecto de los afiliados al sindicato en la empresa o centro de trabajo, dada su doble condición de instancias organizativas internas del sindicato y representaciones externas, les legitima como sujetos colectivos titulares del ejercicio del derecho en cuestión y, por tanto, para declarar la huelga, sin que tampoco exista aquí margen de opción para el legislador. A diferencia de la representación sindical, el reconocimiento de dicha legitimación de los representantes unitarios queda a la libre decisión del legislador, toda vez que el ejercicio del derecho de huelga de los sujetos que actúan la representación unitaria no forma parte del contenido esencial la libertad sindical, al estar reservada al sindicato y a las estructuras organizativas en las que éste se articule.

La validez de la convocatoria requiere que tales representantes adopten, por mayoría absoluta, el correspondiente acuerdo. De este acuerdo ha de levantarse acta, que deben firmar los asistentes. El TC ha declarado la inconstitucionalidad de las exigencias contenidas en el artículo 3.2.a) DLRT, en el sentido de que el acuerdo convocando la huelga se adopte en cada centro de trabajo y de que a la reunión haya de asistir al menos el 75 por 100 de los representantes. Según el TC se trata de reglas que carecen de justificación objetiva, porque su razón de ser estriba en obstaculizar o limitar indebidamente el ejercicio del derecho (STC 11/1981).

b') Los propios trabajadores del centro de trabajo afectados por la huelga. La validez del acuerdo exige votación secreta y que se obtenga la mayoría simple.

También ha sido declarada inconstitucional por el TC la exigencia de que el acuerdo de convocatoria de la huelga esté apoyado en este supuesto por el 25 por 100 de los trabajadores [art. 3.2.b) DLRT]. Entiende el TC que esta exigencia «sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas, de acuerdo con los principios democráticos». Pero ello no es así, pues si la huelga es un derecho de titularidad individual en el sentido de facultar a cada trabajador para adherirse o no libremente a la misma, no resulta posible que sea al propio tiempo una obligación. En consecuencia, el mencionado porcentaje «carece de justificación y opera como una pura medida impeditiva del derecho que va más allá del contenido esencial —es una manera de ahogar el nacimiento de la huelga— y debe por ello considerarse inconstitucional» (STC 11/1981).

b) Comunicación de la huelga y constitución del comité de huelga

Esta fase está integrada en realidad por dos actuaciones diferenciadas, aunque temporalmente unificadas: la comunicación de la huelga y la constitución del comité de huelga.

a') Comunicación de la huelga. Los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores legitimados directamente han de comunicar por escrito el acuerdo de declaración de huelga, tanto al empresario o empresarios afectados como a la autoridad laboral. La notificación a dicha autoridad laboral se exige a fin de garantizar la publicidad de la huelga y los intereses públicos afectados. En las huelgas de ámbito supraempresarial, sólo se requiere que la notificación se dirija a la representación colectiva de las empresas u organismos de la Administración Pública (por ejemplo, a la asociación patronal representativa en el ámbito al que alcance la huelga o al órgano administrativo responsable de los servicios afectados por la huelga). Y ello porque si se exigiera la notificación individualizada a cada empresario afectado, la huelga convocada podría ser al tiempo legal o ilegal en función de las empresas a las que se hubiera notificado, no siendo admisible que en el mismo ordenamiento jurídico un acto sea al tiempo lícito e ilícito (STC 11/1981). La notificación de la huelga exige respetar un plazo de preaviso: cinco días naturales respecto de la fecha de inicio de la huelga, o bien de diez días naturales con relación a esa fecha cuando la huelga afecte a empresas encargadas de la prestación de servicios públicos, sean privadas o públicas (art. 3.3 y 4 DLRT).

De acuerdo con la doctrina constitucional, el establecimiento del preaviso no priva al ejercicio del derecho de huelga de su contenido esencial, pues evita abusos y permite proteger otros bienes y derechos

afectados por la huelga. En todo caso, los plazos que el legislador imponga han de ser «razonables y no excesivos», sin que se estimen excesivos los anteriormente señalados (STC 11/1981).

La comunicación ha de recoger un contenido mínimo: objetivos de la huelga, gestiones realizadas para resolver las diferencias antes de la adopción de esta medida de conflicto, la fecha de inicio de la huelga y la composición del Comité de huelga. La omisión del preaviso o de alguno de los requisitos que integran su contenido vicia de ilegalidad la huelga convocada. Tan sólo estarán exentos de la obligación de cumplir el preaviso aquellos casos en que así lo impongan una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad (por ejemplo: venta inminente de la empresa a empresario insolvente), que tendrán que probar quienes por tal razón no cumplieran su obligación previa (STC 11/1981).

b') Constitución del Comité de huelga. Como acaba de indicarse, uno de los requisitos que integran el contenido mínimo de la notificación de la huelga, es la indicación de la composición del Comité de huelga. De este modo, dicho Comité ha de constituirse con antelación suficiente a la fecha de inicio del plazo de preaviso, puesto que a partir de esa fecha inicial una de las funciones atribuidas a ese órgano es la negociar con el objetivo de obtener un acuerdo que ponga fin a la huelga convocada.

El Comité de huelga está compuesto por un máximo de doce trabajadores afectados por el conflicto, pertenecientes al centro de trabajo si la huelga no supera ese ámbito, o incluidos en el ámbito del conflicto si la huelga rebasa el centro de trabajo (art. 5 DLRT y STC 11/1981). La designación concreta de los miembros del Comité corresponde a los trabajadores en huelga o a los convocantes de la misma, siendo lícitas ambas fórmulas. Las funciones atribuidas legalmente al Comité son de dos clases. De un lado, participar en todas las actuaciones sindicales, administrativas o judiciales que se realicen para la solución del conflicto y, en especial, «negociar para llegar a un acuerdo que ponga fin a la huelga» (arts. 5 y 8.2 DLRT) desde el inicio del plazo de preaviso y durante todo el desarrollo de la huelga. De otro, garantizar durante la huelga la prestación de «los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas» del centro o centros de trabajo (art. 6.7 DLRT).

B) Desarrollo

El desenvolvimiento de la huelga legal corresponde a la autotutela colectiva de los trabajadores huelguistas y de sus representantes. La norma sólo regula determinados derechos y obligaciones que inciden de forma señalada en el desarrollo de la huelga: la publicidad de la huelga, el respeto por el empresario del lícito ejercicio del derecho y la obligación legal de garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas (servicios de mantenimiento y seguridad).

a) Publicidad

La publicidad de la huelga convocada es un típico acto de acompañamiento a la misma, ya que su éxito depende de su proyección más allá del estricto ámbito de quienes la secundan, es decir, depende de la extensión de su conocimiento y de la posibilidad de requerir de otros trabajadores su adhesión y participación (STC 11/1981). Recuérdese que la publicidad o proyección exterior forma parte del contenido esencial del derecho de huelga (STC 11/1981), siendo una facultad atribuida a los representantes de los trabajadores.

Acorde con la doctrina constitucional, la ley reconoce a los trabajadores individualmente considerados el derecho de efectuar publicidad de la huelga, derecho que se ejercita mediante la actuación colectiva de grupos informativos de trabajadores (los usualmente denominados «piquetes informativos»), forma de actuación que encuentra acomodo en las libertades de expresión y de reunión (STC 2/1982). Esta publicidad ha de efectuarse de forma pacífica, pudiendo al tiempo estos grupos de trabajadores recoger fondos sin coacción alguna (art. 6.6 DLRT).

El carácter pacífico de la publicidad realizada por estos piquetes, comporta que en su actuación informativa y de eventual recolecta de fondos se haya de respetar «la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga» (art. 6.4 DLRT). La vulneración de la libertad de trabajo por dichos grupos de trabajadores puede integrar el delito de coacciones laborales que cometen los que actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga (art. 315.3 CP).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, a este respecto que la conducta del trabajador rehusando unirse al conflicto declarado no se reduce necesariamente a una manifestación de la libertad de trabajo, desgajándose del contenido esencial del derecho de huelga en su vertiente individual y de la función específica que el derecho cumple en esta vertiente. En primer lugar, porque la referencia al respeto a la libertad de trabajo de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga a que alude el artículo 6.4 DLRT, utiliza esa noción de modo sesgado, ya que la libertad de trabajo se concibe hoy por nuestro texto fundamental bajo el prisma de la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), ceñida a evitar que la relación de trabajo revista un carácter coercitivo y a asegurar al trabajador que tanto su inicio como su conclusión sean jurídicamente voluntarios. En segundo lugar, debido a que la voluntad de no sumarse a la huelga no pretende preservar la libertad de trabajo, sino el propio derecho de huelga, cuya faceta negativa integra de forma indisociable el contenido del mismo, al igual que sucede con todo derecho subjetivo, que, por definición, implica posibilidad de ejercicio o de abstención.

b) El respeto por el empresario al lícito ejercicio del derecho

Este respeto se asegura mediante dos reglas prohibitivas que llevan aparejadas las correspondientes sanciones. La primera regla se dirige a prohibir la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados a la empresa al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento (por ejemplo, incumplimiento de los servicios de seguridad de personas y cosas). Su desconocimiento implica una infracción administrativa muy grave (art. 8.10 LISOS). La segunda regla está orientada a la sanción de las conductas que impidan o limiten el ejercicio del derecho de huelga mediante engaño o abuso de situación de necesidad, es decir, mediante un comportamiento doloso (art. 315.1 CP). Entre los variados supuestos que ejemplifican estas conductas pueden evocarse el despedir o no renovar el contrato por participar en huelga legal o pactar en contrato de trabajo la renuncia al ejercicio del derecho de huelga mediante compensación económica. Si las conductas descritas en el artículo 315.l CP se llevan a cabo «con fuerza violencia o intimidación» se han de imponer las penas superiores en grado de acuerdo con el artículo 315.2 CP, pues aquí se produce una coacción superior a la mera «presión moral intimidante sobre la voluntad del ofendido» (STC 254/1988).

c) La obligación legal de garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas

Varias reglas especifican esta obligación legal:

1.ª La primera delimita la finalidad de esta obligación, que se circunscribe a la protección tanto de la seguridad de las personas como de la seguridad de las cosas, esto es, al «mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa» (art. 6.7 DLRT). Obligación jurídicamente justificada a la luz de la lícita finalidad del derecho de huelga. En este sentido, hay que tener en cuenta que «la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario… pero no es ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital» (STC 11/1981, de 8 de abril).

Cuestión importante es diferenciar esta obligación de la dirigida a garantizar los servicios mínimos cuando la huelga afecta a servicios esenciales, pues sus fines son distintos. La primera se dirige a preservar un interés particular, concretado en los bienes, las instalaciones productivas y la seguridad de las personas

que trabajan en la empresa. La segunda persigue, por el contrario, la tutela del interés general, externo a la empresa. Más en concreto, de los derechos del conjunto de los ciudadanos afectados por una huelga que se desarrolle en servicios considerados esenciales a que se presten unos servicios mínimos.

2.ª En segundo lugar, el contenido de dicha obligación se instrumenta de forma compleja a través de una serie de reglas:

- La propuesta de las medidas de mantenimiento y seguridad y de los servicios necesarios para cumplir la obligación legal de garantía, corresponde al empresario, como consecuencia de la facultades de policía de que está investido en el seno de la empresa (STC 11/1981), esto es, teniendo en cuenta que el empresario es el responsable de la organización y gestión de la empresa y que no existe ninguna razón válida para que estas facultades desaparezcan o se suspendan durante la huelga.
- La designación de los trabajadores que hayan de atender estos servicios es una facultad compartida entre el empresario y el Comité de huelga. El TC ha declarado la inconstitucionalidad en este extremo del artículo 6.7 DLRT «en la medida en que la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho que es de carácter fundamental» (STC 11/1981). La falta de acuerdo en la designación de los trabajadores que han de atender estos servicios, no puede suplirse por la unilateral imposición del criterio de una de las partes a la otra. En tal caso, cualquiera de ellas puede pedir la tutela judicial a la jurisdicción social mediante el procedimiento, preferente y sumario, de tutela de los derechos de libertad sindical (arts. 177 a 183 LJS). Sin embargo, a pesar del carácter preferente y sumario de ese procedimiento, resulta prácticamente imposible que el juez de lo social resuelva sobre la designación de los trabajadores que han de atender los referidos servicios de mantenimiento y seguridad antes de que la huelga se inicie, habida cuenta de la escasa duración del plazo de preaviso. A fin de evitar esa dilación, en la práctica las partes suelen acudir a procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos de trabajo para determinar la referida designación (por ejemplo, mediación o arbitraje).
- Sobre los trabajadores designados pesa la obligación de ejecutar las medidas de mantenimiento y seguridad acordadas o resueltas mediante aquellos procedimientos, toda vez que «éste es uno de los sacrificios que el ejercicio responsable del derecho de huelga les impone, pues es claro que no es el de huelga un derecho que pueda ejercitarse sin contrapartida» (STC 11/1981).
- Al Comité de huelga le corresponde, como ya se señaló, garantizar la prestación de los servicios de mantenimiento y seguridad. Lo que significa que «la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considera como ilícita por abusiva» (STC 11/1981).

C) *Terminación*

La finalización de la huelga puede producirse por distintas causas.

a) Cumplimiento del término previsto

Cuando la huelga ha sido convocada con una duración temporal, la llegada del término final previsto en la convocatoria supone su terminación. Su prolongación más allá de dicho término comporta la ilegalidad de la misma.

b) Desistimiento

Concluye también la huelga mediante desistimiento del ejercicio del derecho por los trabajadores que la secundan, en cualquier momento de su desarrollo (art. 8.2 DLRT), siempre que seguidamente se pro-

duzca la efectiva reincorporación al trabajo. Este desistimiento puede producirse válidamente bien de modo directo mediante acuerdo de los trabajadores huelguistas en asamblea, bien mediante acuerdo de sus representantes que deciden desconvocarla.

Las razones que originan el desistimiento puede ser diversa índole: la consecución de las reivindicaciones, el agotamiento de la capacidad para mantener la huelga, o el acuerdo entre el comité de huelga y el empresario para someter las discrepancias objeto de la huelga a un arbitraje voluntario.

c) Acuerdo derivado de la negociación

Pone fin asimismo a la huelga el acuerdo obtenido por el Comité de huelga y el empresario como consecuencia de la negociación directa a la que están obligados desde el momento del preaviso y durante la huelga (art. 8.2 DLRT). A este respecto, conviene señalar que, al margen de la mediación que las partes en conflicto puedan acordar, la ITSS también puede ejercer funciones mediadoras «desde que se comunique la huelga a la autoridad laboral hasta la solución del conflicto» (arts. 9 DLRT y 3 LOITSS). El acuerdo colectivo que ponga fin a la huelga tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo estatutario (art. 8.2 DLRT). Por consiguiente, posee eficacia normativa y eficacia personal general.

d) Arbitraje voluntario

Como acaba de señalarse, las partes en conflicto pueden desistir de la huelga y adoptar el acuerdo de someter las discrepancias objeto de la huelga a un arbitraje voluntario. Dicho sometimiento puede pactarse expresamente bien ante una huelga o conflicto colectivo en concreto o bien mediante un compromiso previo obtenido en convenio colectivo o en acuerdo interprofesional, a fin de someter posteriormente a arbitraje los CCT que se susciten entre las partes derivados de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos. La ITSS está facultada para ejercer la función de arbitraje voluntario a petición de las partes en conflicto (art. 3 LOITSS).

La eficacia del laudo arbitral dictado en arbitraje voluntario es la misma que la prevista para el convenio colectivo estatutario (eficacia jurídica normativa y personal general), siempre que las partes que suscriben el compromiso arbitral tengan la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo estatutario (art. 91 ET). Si no la poseen, la eficacia del laudo es contractual y personal limitada. El laudo es susceptible de impugnación ante la jurisdicción social por el procedimiento previsto para la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos (art. 91 TRET), cualquiera que sea su eficacia (art. 163.1 LJS).

e) Arbitraje obligatorio

El artículo 10.1.º DLRT faculta al Gobierno para que, a propuesta del MEYSS, establezca un arbitraje obligatorio cuando concurran determinadas circunstancias en el supuesto de huelga (duración y consecuencias de la huelga, posiciones de las partes y perjuicio grave para la economía nacional). Se trata de un procedimiento extremo y excepcional, ya que constituye un límite muy intenso a la autotutela colectiva. De ahí que, partiendo de la concurrencia de excepcionales circunstancias de gravedad, el TC haya declarado la constitucionalidad de este arbitraje «siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro» (STC 11/1981, de 8 de abril). Sin embargo, dicho tribunal ha establecido la inconstitucionalidad de la regla contenida en el propio artículo 10.1.º DLRT, en cuanto que también facultaba al Gobierno «para imponer la reanudación del trabajo». Entiende el TC, en este caso, que las circunstancias que habilitan para ejercer dicha facultad —las mismas que le permiten decidir el arbitraje obligatorio— se establecen mediante conceptos jurídicos indeterminados, sobre cuya base no es admisible una limitación tan grave del ejercicio de un derecho constitucional como la contemplada en dicho precepto preconstitucional (STC 11/1981). El distinto tratamiento que el TC proporciona a ambos supuestos, arbitraje

obligatorio e imposición para reanudar el trabajo, parece fundarse, por tanto, en la distinta entidad de los efectos limitativos en uno y otro caso para la autotutela colectiva, que implícitamente se consideran menores para el primero y más intensos respecto del segundo.

4. Efectos

Los efectos jurídicos del derecho de huelga varían en función de que la huelga se califique de legal o ilegal. Hay que tener en cuenta que esa calificación está reservada a los órganos judiciales, por lo que las sanciones que pueda imponer el empresario en relación con la huelga son posteriormente revisables ante dichos órganos.

A) Huelga legal

La huelga legal tiene efectos diversos sobre la relación laboral y de Seguridad Social de los trabajadores en función de que éstos secunden o no la huelga.

a) Trabajadores huelguistas

a') Efectos sobre el contrato de trabajo

El lícito ejercicio del derecho de huelga no extingue el contrato, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurra en falta laboral (art. 6.1 DLRT). Por ello, el despido del trabajador —o cualquier otra sanción—, basado en su participación en una huelga legal ha de calificarse como radicalmente nulo, por atentatorio al lícito ejercicio de un derecho fundamental. En consecuencia, el contrato continua vigente y el lícito ejercicio del derecho opera como causa de suspensión del mismo, lo que significa que trabajador y empresario quedan exonerados de las recíprocas obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo [arts. 6.2 DLRT y 45.1.l) y 45.2 ET], y que el trabajador en huelga tiene derecho tanto a la reserva de su puesto de trabajo, como a la consecuente reincorporación al mismo cuando la huelga finalice (art. 48.1 ET).

Al trabajador se le descuenta del salario las horas o días de huelga, lo que incluye, de acuerdo con el principio de proporcionalidad:

- La parte proporcional del salario base y los complementos salariales, incluida, por tanto, la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- La parte proporcional de la remuneración de los descansos diario y semanal vinculados al período de huelga, ya que la retribución de tales descansos se devenga durante el tiempo en que efectivamente se presta el trabajo. Por tanto, si durante alguno de los días laborables el contrato está en suspenso y no se presta el trabajo ello repercute en la retribución asignada al descanso diario y semanal que dejará de percibirse en la correspondiente proporción. No sucede lo mismo con los días festivos oficiales (art. 37.2 ET), que no se disfrutan en correspondencia a un tiempo de trabajo sino en razón de determinados acontecimientos de orden religioso o civil, por lo que no procede en este caso su descuento (SSTS 24-1-1994 y 11-10-1994).
- La parte proporcional de las denominadas «primas antihuelga». Aunque un sector de la doctrina y jurisprudencia han negado su licitud en razón de su carácter antisindical por vaciar de contenido el derecho de huelga, cierta doctrina judicial las admitía al entender que se trataba de «modalidades perfectamente lícitas» del deber convencional de paz (STCT 18-10-1988 y art. 8.1 DLRT). Por su parte, la doctrina constitucional ha considerado que las cláusulas que establecen dichas primas en convenio colectivo, y en cuya virtud se condiciona exclusivamente el devengo de determinado complemento salarial a la no participación en huelgas por

los trabajadores a los que se aplica el convenio, vulneran el derecho de huelga. Tales cláusulas convencionales son nulas porque desbordan el principio de proporcionalidad de sacrificios, que impone no establecer para el trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga, es decir, a la pérdida de su salario (STC 189/1993), pérdida a la que se añade la de la específica «prima antihuelga». Sin embargo, se acomodan a la legalidad las cláusulas pactadas en convenio que condicionan la percepción de complementos salariales a la no superación de un determinado porcentaje de absentismo por diversas causas, entre otras las debidas a la participación en huelgas (STC 189/1993).

Por otra parte, debe señalarse que la doctrina judicial mayoritaria ha venido entendiendo que el empresario puede renunciar a su facultad de no pagar el salario a los trabajadores huelguistas, ya sea por propia iniciativa (caso infrecuente), ya sea como consecuencia de la negociación que pone término a la huelga (supuesto más frecuente: STCT 2-11-1982). La dicción literal del artículo 6.2 DLRT permitiría, por el contrario, sostener la indisponibilidad de dicha facultad al establecerse que «Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato...», pues tal expresión contiene un mandato legal que no permite el juego de la autonomía individual. Sin embargo, debe prevalecer a este respecto, en virtud del principio de modernidad en la sucesión normativa, lo dispuesto en el artículo 45.1.l) ET en relación con el número 2 del propio precepto: «El contrato de trabajo podrá suspenderse... por el ejercicio del derecho de huelga». Esa expresión pone de relieve que el empresario está facultado para entender que el ejercicio de la huelga legal suspende el contrato o bien que esa suspensión no se produce porque aquél acuerda, en la negociación que pone fin a la huelga, abonar los salarios correspondientes a la misma. En tal caso sólo existirá una mera interrupción de la relación laboral.

- El tiempo de suspensión del contrato de trabajo por causa de huelga se computa a efectos de calcular la duración del descanso anual (vacaciones) y su retribución. No hay, pues, descuento salarial alguno de la retribución de las vacaciones (parte proporcional), dada la imposibilidad de equiparar la inactividad laboral originada por la participación en la huelga con el descanso derivado del disfrute de las vacaciones; tal descuento supondría una sanción, no siendo admisible sancionar el lícito ejercicio de un derecho fundamental (SAN 23-4-1991).
- También se computa el tiempo de suspensión del contrato de trabajo por causa de huelga a efectos de la antigüedad del trabajador en la empresa, que no puede resultar perjudicada por el lícito ejercicio de un derecho fundamental (STCT 24-1-1985).
- Por otra parte, el período de huelga legal no se computa a efectos de apreciar el legal porcentaje de absentismo (faltas justificadas de asistencia al trabajo), que opera como causa objetiva de extinción del contrato [art. 52.d) ET].

b’) Efectos sobre la relación de Seguridad Social

El trabajador huelguista pasa a una situación de «alta especial», quedando en suspenso la obligación de cotizar por parte del empresario y del trabajador (arts. 6.3 DLRT y 125.6 LGSS). La suspensión de esta obligación no vulnera el contenido esencial del derecho de huelga, ya que tal suspensión y las consecuencias que de la misma se derivan son «efecto de un principio razonable que no constituye sino uno de los sacrificios ligados al ejercicio del derecho que, junto con la pérdida de la retribución, delimitan la posición del trabajador en huelga» (STC 13/1984). No obstante, el fundamento jurídico de ese principio y de este sacrificio no quedan justificados en la doctrina constitucional, lo que sería necesario teniendo en cuenta que aquí se trata del ámbito de la protección social pública (art. 41 CE). La norma intenta paliar esta situación de desprotección permitiendo que los trabajadores que se encuentren en alta especial durante la huelga y el cierre patronal legales puedan suscribir con la Seguridad Social un convenio especial, al objeto de completar las bases de cotización correspondientes a las contingencias de invalidez permanente,

muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, así como de jubilación y servicios sociales durante el período de duración de dichos conflictos (art. 18.1 OM 2.865/2003).

- El trabajador en huelga no tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (enfermedad común o accidente no laboral), cuando tales contingencias se produzcan durante la huelga que el trabajador secunda (arts. 6.3 DLRT y 131.3 LGSS). Ahora bien, si el trabajador en huelga decide no continuarla, tendrá derecho a la referida prestación económica desde el momento en que deja de secundarla. Por otra parte, el trabajador en huelga tiene derecho a dicha prestación cuando la incapacidad temporal se haya producido antes de la realización de la huelga, aunque, en este caso, las prestaciones comienzan a percibirse al concluir esta medida de CCT (STS 9-5-1985). En este supuesto, el trabajador tiene ya su contrato suspendido como consecuencia de la incapacidad temporal, por lo que es ésta situación la causa determinante de dicha suspensión.
- Tampoco tiene derecho el trabajador en huelga a las prestaciones por de-sem-pleo derivadas de la suspensión de su contrato de trabajo a causa del ejercicio del derecho (arts. 6.3 DLRT y 3 OM 30-4-1977), dado que la prestación por de-sem-pleo es una renta sustitutiva del salario, y éste no se percibe durante la huelga legal. A efectos de cotización, esta regla se atenúa. Así, se asimilan a cotizaciones realizadas el tiempo de duración de la huelga, a fin de alcanzar al período mínimo de cotización, aunque dicho tiempo no se compute como ocupación cotizada para determinar la duración de dicha prestación (art. 3.3 RD 625/1985).

b) Trabajadores no huelguistas

Respecto de los trabajadores no huelguistas, pueden darse distintos supuestos a los que se anudan efectos jurídicos también diferenciados.

a') Acceso al centro y al puesto de trabajo y desempeño de la prestación laboral

Dos efectos deben destacarse.

a") En primer lugar, en este caso, tanto los trabajadores en huelga como el propio empresario han respetado la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas (arts. 6.4 DLRT y 35.1 CE) y su consiguiente derecho a la ocupación efectiva [art. 4.2.a) ET]. Ello significa que los trabajadores continúan desarrollando su actividad laboral ordinaria y siguen ostentando todos los derechos y obligaciones inherentes a la misma, incluido, naturalmente, su derecho a la retribución.

b") En segundo lugar, el empresario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.5 DLRT, esta facultado para sustituir a los trabajadores en huelga por trabajadores de la empresa no huelguistas. Si utiliza esa facultad de sustitución, en todo caso ha de respetar los límites propios de la movilidad funcional y geográfica, ya sea no sustancial o sustancial (arts. 22, 39 y 41 ET).

b') Acceso al centro y al puesto de trabajo con negativa empresarial a dar ocupación

En este supuesto los trabajadores no huelguistas puedan acceder al centro y al puesto de trabajo, pero el empleador se niega a darles ocupación pudiendo hacerlo, íntegra o parcialmente. Los motivos de esta negativa pueden ser muy variados. Por ejemplo, porque busque de este modo el cierre patronal de «retorsión» o de respuesta ante la huelga declarada o porque, sencillamente, quiera ahorrarse el abono de los salarios de los trabajadores no huelguistas. Comoquiera que se trata de un comportamiento ilícito, procede aplicar el artículo 30 ET que reconoce al trabajador su derecho al salario cuando éste no puede prestar sus servicios porque el empresario no le da trabajo «por impedimentos imputables» al mismo.

B) Huelga ilegal

a) Trabajadores huelguistas

a') Efectos sobre el contrato de trabajo

La ilegalidad de una huelga judicialmente declarada puede ser causa de un incumplimiento contractual, grave y culpable del trabajador que determine la extinción de su contrato de trabajo mediante despido disciplinario por faltas repetidas e injustificas de asistencia al trabajo, o por transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.a) y d) ET]. Recuérdese que la culpabilidad, según la teoría gradualista, exige una participación activa del trabajador huelguista (art. 16 DLRT). Si no existe tal incumplimiento grave y culpable, la participación en una huelga puede motivar una sanción disciplinaria menor y distinta a la del despido (art. 58.1 ET).

La ilegalidad de la huelga no produce por sí misma, automáticamente, la extinción del contrato mediante el despido o la imposición de otra sanción distinta. Las reglas jurídicas aplicables a este propósito, así lo confirman: «El contrato de trabajo podrá extinguirse, mediante despido...» (art. 54.1 ET) «Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales...» (art. 58.1 ET). De tales preceptos se infiere que el ejercicio del poder disciplinario empresarial es renunciable, pudiendo pactarse, por ejemplo, en la negociación que pone fin a una huelga, el compromiso empresarial de no sancionar a los trabajadores que hayan participado en el conflicto.

Tratándose de huelga ilegal es obvio que no se ejercita ningún derecho, razón por la cual si el empresario decide o acuerda no despedir por la participación activa en dicha huelga, el tiempo de duración de la misma no se computa a efectos de la duración y retribución de las vacaciones (puede descontarse, por tanto, la parte proporcional de las mismas). Tampoco computa a efectos de antigüedad el tiempo de duración de la huelga ilegal.

b') Efectos sobre la relación de Seguridad Social

El empresario está facultado, si considera dicha huelga ilegal, para dar de baja al trabajador en la Seguridad Social durante el período de duración de la misma, perdiéndose por tanto el derecho a las prestaciones que en dicho sistema están condicionadas a la permanencia en situación de alta o asimilada por parte del trabajador (OM 30-6-1977, art. único). No obstante, si dicha huelga es calificada posteriormente como legal por el órgano judicial en el correspondiente proceso o procesos individuales, dicha baja quedará sin efecto y los trabajadores que realizaron la huelga se considerarán en situación de alta especial desde la fecha que figure en los partes de baja cursados por el empresario como consecuencia de haber estimado la ilegalidad de la huelga y con los mismos efectos anudados a dicha situación de alta especial para la huelga legal (OM 30-6-1977, art. único).

c') Otros efectos

De la realización de una huelga ilegal, contraviniendo las prescripciones legales o convencionales, puede derivarse ciertas responsabilidades. De un lado, responsabilidad civil patrimonial por daños y perjuicios causados al empresario o a un tercero. Dicha responsabilidad, contractual o extracontractual (arts. 1.101 y 1.902 CC), según los casos, habrá de ser atribuida a aquel sujeto (individual o colectivo, trabajador o sindicato) al que le sean imputables los hechos ilícitos (art. 5.1 y 2 LOLS). De otro, responsabilidad penal, si durante la realización de la huelga se aprecian conductas constitutivas de ilícitos de esta naturaleza (por ejemplo, arts. 172 y 315 CP).

b) Trabajadores no huelguistas

Imposibilidad de acceso al centro o al puesto de trabajo o de desempeño de su prestación laboral. Este supuesto se refiere a una variada casuística de conductas por parte de los trabajadores en huelga que suponen la realización de actos ilícitos (por ejemplo, cierre de las puertas de acceso al centro de trabajo o coacción para impedir el trabajo), que incluso pueden determinar la ilegalidad de la huelga (por ejemplo, ocupación ilegal del centro inutilizando las instalaciones o los medios de trabajo o impidiendo desarrollar su actividad laboral a los trabajadores no huelguistas).

En estos supuestos, y al margen de las responsabilidades civiles y/o penales en que puedan incurrir los sujetos convocantes de la huelga o los trabajadores que realicen o provoquen la realización de actos ilícitos, el empleador está facultado para proceder al cierre patronal (art. 12.1 DLRT), quedando así exonerado del pago del salario a los trabajadores no huelguistas [art. 45.1.m) ET] y sin perjuicio de que éstos puedan exigir los correspondientes daños y perjuicios a los huelguistas o a los sujetos convocantes.

Si el empleador no recurre al cierre del centro y los trabadores no huelguistas pueden estar a disposición de aquél, debe abonárseles el salario porque, al no concurrir causa de suspensión del contrato de dichos trabajadores (art. 45.2 ET), éstos mantienen en su integridad el derecho a la retribución salarial (STS 20-6-1995).

IV. CIERRE PATRONAL

1. Concepto

Al contrario de lo que sucede con la huelga, la normativa vigente no proporciona concepto alguno del cierre patronal. De su regulación por el DLRT y de la jurisprudencia que la aplica puede conceptuarse como una medida de CCT adoptada por el empresario, persona física o jurídica, mediante el cese temporal de la actividad de la empresa o centro de trabajo como instrumento de defensa de sus intereses en el ámbito de las relaciones de trabajo. De este concepto derivan los rasgos que caracterizan esta figura.

a) Medida de conflicto colectivo de trabajo. Lo es desde el punto de vista subjetivo y objetivo. Subjetivamente el cierre se decide unilateralmente por el empresario o empresarios y su ámbito personal de afectación alcanza, en todo o en parte, a los trabajadores de la empresa o centro de trabajo. Se trata por tanto de una medida de CCT reflejo, ya que el interés defendido por el empresario ha de proyectare sobre un grupo de trabajadores considerado en su conjunto, de modo abstracto o indeterminado. Esto explica que el proceso adecuado para obtener la declaración de ilegalidad del cierre empresarial sea la modalidad procesal de CCT. Desde la óptica objetiva, se trata de una medida de CCT que ha de versar sobre materia laboral, esto es, debe incidir sobre los intereses socieconómicos encuadrables en la misma. De ahí que no sea admisible el cierre patronal por motivos sociales o económicos ajenos a dicha materia (por ejemplo, el cierre de farmacias ante el impago por la Administración Pública de cantidades adeudadas).

b) Cese temporal de la actividad de la empresa o centro de trabajo. Con el cierre no se pretende tampoco extinguir los contratos de trabajo, sino reanudar la actividad laboral en unas condiciones que el empresario estima más favorables a sus intereses. El carácter temporal del cierre implica, en consecuencia, que los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por esta medida conflictiva quedan tan sólo en suspenso, sin que esté permitida su extinción en base a la decisión del cierre.

c) Incumplimiento transitorio de los contratos de trabajo. Del cese temporal de la actividad empresarial deriva necesariamente la imposibilidad de continuar con las prestaciones de trabajo, ya que el empresario incumple provisionalmente su obligación de facilitar el derecho al trabajo y de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores afectados. Pero se trata de un incumplimiento legalmente permitido y del que, si ejercido conforme a las prescripciones legales, no puede derivarse sanción alguna para el empresario.

2. Clases y fundamentos

La finalidad genérica del cierre contemplada en la anterior definición del mismo («instrumento de defensa de sus intereses en el ámbito de las relaciones de trabajo») puede concretarse en distintas finalidades específicas, que permiten clasificarlo con arreglo a las mismas y, al tiempo, advertir en cada una de ellas fundamentos diversos.

A) Cierre ofensivo

Es el decidido por el empresario sin referencia a una acción colectiva previa por parte de los trabajadores. Mediante esta clase de cierre se trata de mantener o establecer unilateralmente por el empresario determinadas condiciones de trabajo. Su fundamento teórico reside en la transformación de la base de las relaciones individuales de trabajo. Ello significa que si cambian las circunstancias que sirvieron de punto de partida para determinar el contenido de dichas relaciones, se puede producir una onerosidad excesiva sobrevenida para los intereses del empleador (por ejemplo, disminución continuada y muy acentuada de las ventas e imposibilidad de pagar los salarios).

B) Cierre de retorsión

En este tipo de cierre el empresario pretende contrarrestar el lícito ejercicio del derecho de huelga sin que el orden público en la empresa se encuentre perturbado o alterado por parte de los trabajadores que la secundan. Su fundamento teórico reposa en el principio de paridad de armas, que propugna la igualdad en la disposición de medios de autotutela colectiva por parte de los empresarios respecto de los que pueden emplear los trabajadores.

C) Cierre defensivo

En esta modalidad el empresario decide el cierre como medida preventiva con fundamento en su poder de policía en el interior de la empresa, para preservar la integridad de las personas, de los bienes o de las instalaciones de la empresa. Medida que sólo puede activarse, como ahora se verá, en el supuesto de que esas personas, bienes o instalaciones estén en situación de peligro, lesión o deterioro efectivos y graves. Esta situación de peligro puede darse al margen del carácter legal o ilegal de la huelga o medida de CCT adoptada por los trabajadores.

3. Evolución normativa

A) Preconstitucional

El cierre patronal ha experimentado, en cierta medida, un tratamiento normativo semejante al derecho de huelga, aunque con la relevante salvedad de que el liberalismo del siglo XIX reprimió con menor dureza el cierre patronal que la huelga, puesto que los gobiernos representaban en mayor medida los intereses de la burguesía industrial y financiera que los intereses propios de la clase trabajadora. De modo semejante a la evolución del derecho de huelga, el cierre patronal ha discurrido por tres fases: cierre-delito, cierre-libertad y cierre-derecho. Estas fases se desarrollarán en dos ciclos, que sólo coinciden en parte con los que sigue la huelga.

a) Primer ciclo (1848-1938)

a') Cierre como delito (hasta 1909). Los Códigos Penales del siglo xix de (1848 y 1870) sancionarán con las penas de arresto mayor y multa el primero, y arresto mayor el segundo, «el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas». Lo cometían «Los que se coligaren para encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones…» (arts. 450 y 556, respectivamente). La doctrina científica entiende que ese tipo penal alcanzaba a las actividades colectivas tanto de los trabajadores como de los empresarios. Esa inclusión implícita es controvertible, dado que el citado delito se encuadraba dentro «De los delitos contra la propiedad», lo que suponía, atribuir anómalamente la condición de sujeto pasivo del mismo al propio empresario en cuanto propietario de los medios de producción. Siendo esto así, puede identificarse en esta etapa el cierre-libertad, puesto que en este período, aunque el cierre empresarial podía considerarse implícitamente prohibido, en la práctica las normas sancionadoras estaban concebidas y se aplicaban para reprimir la libertad sindical y la acción colectiva de los trabajadores.

b') Cierre como libertad. Su reconocimiento legal como facultad (no como derecho) se producirá mediante la Ley de Huelgas y Coligaciones de 27 de abril de 1909, perviviendo con un régimen jurídico prácticamente inalterado hasta 1938. Su artículo 1.º reconocía a los patronos la posibilidad (no se mencionaba expresamente el término «derecho») de acordar el paro (no se utiliza todavía la expresión de cierre patronal o empresarial) para «los efectos de sus… intereses». El paro podía realizarse sin perjuicio de los derechos que dimanen de los contratos que patronos y obreros hubieran celebrado (art. 1.º), lo que comportaba la suspensión de los contratos de trabajo, siempre que el cierre se ajustara a las exigencias legales. En coherencia con el reconocimiento del cierre como facultad, la Ley de 1909 derogaba el artículo 556 CP de 1870 (art. 11).

b) Segundo ciclo (1938-1978)

a') Cierre como delito. El Fuero del Trabajo de marzo de 1938, consideraba delictivos (Declaración XI.2) todos los «actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella». En coherencia con esa declaración, el CP de 1944 estimaba como delito de sedición «las coligaciones de los patronos dirigidas a paralizar el trabajo» (art. 222.2.º).

b') Cierre como libertad. Aunque de las posteriores modificaciones del CP (Ley 21-12-1965) y del Fuero del Trabajo (Ley Orgánica del Estado 10-1-1967) podía inferirse tácitamente la posibilidad de cierres empresariales lícitos, no será hasta 1970 el (D. 22-5-1970, sobre ordenación de conflictos colectivos de trabajo), que se vuelva a admitir expresamente la licitud de dicha medida de conflicto, si bien tal reconocimiento se efectuará por vía excepcional admitiéndose tan sólo el cierre defensivo, y no como derecho sino como facultad (art. 12). De acuerdo con ello, el ejercicio de la facultad de cierre legal provocaba la suspensión de los contratos de trabajo. El Decreto-ley de 22 de mayo de 1975, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, continuó en la misma línea de admisibilidad excepcional del cierre defensivo como facultad, aunque regulándolo con mayor detalle e incorporando las causas que posteriormente recogerá la vigente normativa como únicas circunstancias que permitían a la autoridad laboral la autorización de dicha medida conflictual (arts. 21 a 24). El cierre admitido seguía siendo el defensivo y, asimismo, el ejercicio de la facultad de cierre legal provocaba la suspensión de los contratos de trabajo.

c') Cierre como derecho. Habrá que aguardar al DLRT para que el cierre empresarial se reconozca de modo general, bien que sometido a determinadas restricciones (arts. 12 a 15 DLRT). En dicha norma tampoco aparece reconocido el cierre patronal como derecho, sino como mera facultad. Pero la doctrina constitucional (STC 11/1981), amén de la científica, va a admitirlo en calidad de derecho subjetivo, considerando que dicha medida conflictiva encuentra acomodo en el artículo 37.2 CE.

B) El cierre patronal en la Constitución

El encaje del cierre patronal en el artículo 37.2 CE comporta su consideración como derecho cívico. Esta ubicación tiene incuestionable importancia en la determinación de la clase de cierre que el texto constitucional acoge si se compara con el carácter de derecho fundamental que la huelga posee. En este sentido, la preferente valoración del derecho de huelga en contraste con el derecho de cierre empresarial ha sido puesta de relieve por la doctrina constitucional, señalando que la distinta ubicación de tales derechos en el Código Básico denota que nuestro ordenamiento no se funda en el principio de la igualdad de armas (Waffengleichhet) o de paridad en la lucha (Kampfparität), esto es, «de la igualdad de trato o del paralelo entre medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial» (STC 11/1981). Para esa doctrina, la inadmisión de ese principio en nuestro ordenamiento debe buscarse en el distinto alcance y fundamento del cierre patronal respecto de la huelga.

Por lo que se refiere al alcance, «Los huelguistas son aquellos asalariados que han decidido libremente participar en el movimiento reivindicativo, o, si se prefiere decirlo así, en la situación de conflicto... frente a lo cual la decisión de cierre afecta no sólo al personal que participa en el conflicto (huelga), sino también al personal que no presta su adhesión al mismo, resultando gravemente lesionada su libertad de trabajo a causa del cierre» (STC 8-4-1981). En cuanto al fundamento, se afirma que «La huelga es un contrapeso, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas», y que, en consecuencia, «tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual». En cambio, el cierre patronal «es una mayor dosis de poder que se otorga a una persona que tenía poder ya desde antes» (STC 8-4-1981). De acuerdo con ello, el TC llega a la conclusión de que «no es contrario a nuestra CE el poder de cierre empresarial como poder de policía para asegurar la integridad de personas y bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo (cierre defensivo), y que es contrario a la CE todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga» (STC 8-4-1981). Por lo tanto, sólo se acepta el cierre patronal defensivo como medida de conflicto colectivo de trabajo.

La inadmisión del cierre ofensivo por la CE lleva aparejada la ilegalidad de distintas manifestaciones de esa clase de cierre, entre ellas:

- El cierre ofensivo cautelar, que se adopta para impedir la efectividad de una huelga futura (STS 10-3-1982).
- El cierre de retorsión, cuya utilización se rechaza, tanto «para sancionar una huelga ya pasada», como «para abortar o romper la que se encuentra en ejecución» (STS 10-3-1982).
- El cierre novatorio, cuyo propósito sea alterar lo pactado en convenio colectivo durante su vigencia o lo establecido en laudo (STS 30-6-1998).
- El cierre encubierto, realizado con el propósito de suspender los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (STS 7-7-1998).

A la luz de citada doctrina constitucional y de la jurisprudencia que la acompaña, es preciso reformular la noción genérica del cierre empresarial anteriormente perfilada (supra 4, 1), considerando ahora, además, su ajuste al ordenamiento.

Desde este prisma más acabado, debe catalogarse el cierre empresarial de carácter legal como una medida de CCT adoptada por el empresario, persona física o jurídica, mediante el cese temporal de la actividad de la empresa o centro de trabajo, como instrumento de defensa de sus intereses en el ámbito de las relaciones de trabajo, siempre que dicha medida se adopte con el único fin de asegurar la integridad de las personas y los bienes en la esfera de aquella actividad y se cumplan, al tiempo, las prescripciones establecidas para el ejercicio de la facultad de cierre.

4. Regulación

A) *Titularidad*

El artículo 37.2 CE atribuye a los «empresarios» la titularidad del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. De ese tenor literal parece desprenderse que la titularidad del derecho pertenece a éstos colectivamente. Sin embargo, esto no es así, dado que esa titularidad es individual. El ejercicio del poder de policía como medida de conflictual colectiva de orden defensivo sólo puede realizarse lícitamente por el empresario en el ámbito de su empresa, sin que sea admisible ampliarlo a otras empresas distintas. No es el conjunto de empresarios, ni la organización empresarial quienes deciden el cierre. Ha de ser cada empresario en concreto —ya sea persona física ya jurídica— el sujeto que, de modo unilateral, adopte la decisión, sin que el acuerdo colectivo que haya podido alcanzar al respecto una organización empresarial afectada suprima esta facultad individual.

Por tal razón, dicha medida ha de afectar únicamente a los trabajadores del empresario, de forma que queda al margen de la legalidad el cierre por solidaridad. En este sentido, el cierre decidido por distintos empresarios ha de suponer que cada uno de ellos actúa su interés colectivo de modo directo, no por apoyo, solidaridad o simpatía con otros. Desde esta perspectiva, el ámbito funcional del cierre es más reducido que aquel sobre el que la huelga puede proyectarse.

El DLRT acepta también la titularidad individual del cierre patronal. Así, cuando dicha norma regula la comunicación del cierre a la autoridad laboral (art. 13), el requerimiento de reapertura de la empresa o del centro de trabajo (art. 14), y la imposición de sanciones por el cierre ilegal (art. 15), utiliza el término «empresario», en singular.

B) *Causas*

El cierre empresarial sólo se considera lícito «en caso de huelga o cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo», cuando concurra alguna de las circunstancias legalmente establecidas (art. 12.2 DLRT).

a) Reglas comunes

1.ª Se trata de causas tasadas (TS 31-3-2000, RJ 7403), insusceptibles de modificación o ampliación ni por el empresario, ni mediante acuerdo individual o colectivo. De aquí se desprende que el cierre patronal que no ajuste a alguna de ellas ha de considerarse ilegal por el órgano judicial competente.

2.ª Son causas autónomas, cuya concurrencia conjunta no es necesaria, siendo suficiente la identificación de alguna de ellas, con el alcance y contenido que la jurisprudencia ha señalado (STS 14-1-2000).

3.ª La interpretación de las causas legales del cierre ha de realizarse de conformidad con los criterios que delimitan el cierre defensivo, como única clase de cierre admitida por el ordenamiento.

b) Supuestos

a') Peligro de violencia o daños graves

Configurada legalmente como «Notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas» [art. 12.1.a) DLRT], esta causa contempla el cierre patronal con carácter preventivo y defensivo para evitar un peligro que, a juicio del empresario, se presenta indubitado, real, inminente y actual. Por consiguiente, la adopción del cierre sólo se justifica en base a esta causa cuando no sea posible conjurar o suprimir el riesgo notorio con el habitual ejercicio del poder disciplinario empresarial o mediante la vías de mantenimiento del orden legalmente admitidas (por ejemplo, mediante requerimiento a la Policía o mediante la fijación de servicios de seguridad y mantenimiento en el supuesto de huelga previa). Aplican-

do esta causa, los órganos judiciales han considerado lícito el cierre empresarial, por ejemplo, cuando los huelguistas impiden el trabajo a los restantes trabajadores (STCT 1-10-1987) o cuando la huelga causa graves daños por no cumplirse los servicios de mantenimiento (STS 31-3-2000).

b') Ocupación ilegal del centro de trabajo

La licitud del cierre también se produce en el supuesto de «ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca» [art. 12.1.b) DLRT]. El correcto entendimiento del alcance de esta causa exige ponerla en relación con el régimen jurídico de la ocupación del centro de trabajo (art. 7.1 DLRT) y con la doctrina del TC al respecto. Atendiendo a esa doctrina, el cierre estará justificado cuando los trabajadores incumplan una legítima orden empresarial de desalojo del centro de trabajo en razón de los daños sobre las instalaciones, bienes o personas que se produzcan en el mismo o en razón del notorio peligro de que tales actuaciones ilegales tengan lugar. En cuando al peligro de ocupación, debe existir certeza, no meras conjeturas o suposiciones (STS 10-3-1982).

c') Inasistencia o irregularidades en el trabajo

Se considera asimismo lícito el cierre empresarial cuando «el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción [art. 12.1.c) DLRT]. Pero esta causa debe interpretarse restrictivamente a fin de no vaciar de contenido el derecho de huelga, ya que un elevado volumen de inasistencia al trabajo suele ser el resultado que una huelga legal persigue. Esta causa exige ponderar de modo proporcional los intereses de los huelguistas y los del empresario, de forma que el cierre estará legitimado cuando la naturaleza o extensión de la huelga impida la producción. Por ello, el precepto debe entenderse referido a los supuestos de abuso o ilegalidad de la huelga que obstaculizan el proceso de producción, haciéndolo realmente inviable.

C) *Límites*

a) Internos

Derivan del concepto de cierre patronal jurídicamente admitido, esto es, del cierre defensivo. De este modo:

a') No puede aplicarse el principio de proporcionalidad, como derivación principio de paridad de armas, ya que el cierre afecta a todos los trabajadores de manera indiferenciada, hayan secundado o no la huelga, o hayan activado alguna de las causas que justifican el cierre.

b') Debe aplicarse el principio de buena fe y lealtad, puesto que esta medida de conflicto ni puede encubrir un cierre ofensivo o de retorsión, ni puede suponer incumplimiento de los deberes normativos que pesan sobre el empresario (por ejemplo, comunicación a la autoridad laboral o reapertura a la mayor brevedad).

c') La decisión de clausurar temporalmente la empresa o el centro de trabajo cuando concurra alguna de las circunstancias legalmente determinadas es un límite interno básico. Esta temporalidad no puede convertirse en indefinida en modo alguno, ya que el cierre «se limitará al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron» (art. 13.2 DLRT). Al tratarse de un cierre defensivo no se admite su prolongación indefinida, sino limitada en el tiempo a esas dos finalidades, que pueden concurrir alternativa o conjuntamente.

b) Externos

Surgen de la colisión del derecho de cierre patronal con otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente admitidos.

a') El límite derivado del ejercicio del derecho de huelga. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el TC, como ya se ha visto, no ha admitido la doctrina de la igualdad de armas para el cierre y la huelga, habida cuenta del distinto alcance y fundamento de ambas medidas de CCT como consecuencia de su distinta posición en el texto constitucional. De este modo, el empresario, salvo que concurra alguna causa que justifique el cierre, tiene el deber de soportar el lícito ejercicio del derecho de huelga, sin utilizar el cierre como medida de ofensiva o retorsión a fin de neutralizar o desvirtuar tal ejercicio.

La principal consecuencia del límite que para el derecho empresarial de cierre deriva del lícito ejercicio del derecho de huelga, es la inconstitucionalidad de «todo cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga» (STC 11/1981).

b') Límite objetivo derivado también de la CE es el de observar las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad (art. 37.2). Con relación a este límite y ante la falta de una regulación legal del cierre empresarial, se aplican por analogía, y hasta donde ello sea posible, las previsiones normativas y la doctrina constitucional sobre el mantenimiento de dichos servicios en caso de huelga. Con la importante precisión de que el artículo 37.2 CE se refiere a las garantías precisas para asegurar «el funcionamiento» de los servicios esenciales de la comunidad, lo que supone un nivel más elevado de garantías que en el supuesto de huelga («mantenimiento»: art. 28.2 CE). En consecuencia, el cierre patronal, aunque sea total, no puede suponer en ningún caso ni paralización del servicio esencial, ni mero mantenimiento [supra III, 2, B)].

c) El límite originado por la suspensión del derecho de cierre patronal en los supuestos excepcionales en que se declaren los estados de alarma, excepción o sitio conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981 [supra III, 2, B)].

D) Procedimiento

A diferencia del derecho de huelga, la regulación del procedimiento del cierre patronal es muy sumaria.

a) Inicio

El empresario, como único sujeto legitimado, decide el cierre de la empresa o centro de trabajo, cuando concurran alguna de las causas legales. Debe comunicar el cierre por escrito a la autoridad laboral, en un plazo de doce horas desde que se haya efectuado (art. 13.1 DLRT). Se exige por la jurisprudencia, como contenido necesario de la comunicación, la indicación de sus causas, así como la fecha y hora en que se haya producido. La finalidad de esta comunicación es permitir que la autoridad laboral pueda comprobar la realidad y entidad de las causas, realizando en su caso los requerimientos procedentes. Aunque no es técnicamente una autorización, la comunicación constituye un requisito esencial del procedimiento. De modo que su ausencia determina la ilegalidad del cierre. La comunicación del cierre a la autoridad laboral no legitima por sí misma esta medida de CCT, siendo los tribunales del orden social los únicos competentes para apreciar si existe causa que lo justifique y calificar su ajuste al ordenamiento.

Es censurable que no se exija comunicación alguna a los representantes de los trabajadores ni a los usuarios, máxime cuando el cierre afecte a los servicios esenciales de la comunidad. El carácter inmediato del cierre defensivo no justifica la imprevisión legal de dicha comunicación. Porque nada hubiera impedido que en el mismo plazo de doce horas para comunicar el cierre a la autoridad laboral, se hubiese establecido el deber de comunicarlo a los citados representantes y usuarios, que pueden encontrarse, sin ese conocimiento, en una tesitura de indefensión jurídica y de imposibilidad práctica de ejercer los derechos afectados por el cierre.

b) Desarrollo

La normativa vigente establece para esta fase tres obligaciones del empresario:

a') Como ya se señaló, el carácter meramente defensivo del cierre implica que su realización se limite al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa o para la remoción de las causas que lo motivaron (art. 13.2 DLRT).

b') El empresario debe comunicar las medidas que haya adoptado a la autoridad laboral en garantía del funcionamiento de los servicios esenciales, cuando el cierre afecte a dichos servicios (arts. 37.2 CE y 10.2.º DLRT).

c') Si la incidencia de la medida de CCT promovida por los trabajadores no impide la prestación del trabajo de toda la plantilla, el empresario tiene la obligación de respetar el derecho al trabajo y a la ocupación efectiva de los trabajadores que no hayan secundado el conflicto [arts. 4.2.a) ET y 6.4 RDLRT].

Por otra parte, el empresario está facultado para adoptar las medidas necesarias en garantía de los servicios de seguridad de las personas y mantenimiento de los bienes de la empresa, a fin de poder reanudar las tareas de la empresa tan pronto como finalice el cierre. Porque, aunque el DLRT no lo exija expresamente, no es dudoso que el empresario puede ejercer dicha facultad. De una parte, dado que la misma está implícita en el ejercicio de su poder de policía, a fin de preservar la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). De otra, porque siendo la finalidad del cierre legal defensiva, es coherente con la misma que el empresario pueda estar en condiciones materiales de reanudar la actividad lo antes posible una vez que el cierre finalice.

c) Terminación

La terminación del conflicto viene dada por la reapertura del centro de trabajo o de la empresa. Esta reapertura puede producirse de varias formas:

a') A iniciativa del propio empresario, habida cuenta de que el estricto límite temporal (el tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa o para la remoción de las causas que lo han motivado) a que está sujeto el cierre le obliga a ello, como se desprende del artículo 14.1 DLRT. La finalización del cierre está pues directamente vinculada a dicho límite temporal.

b') A instancia de los trabajadores, debiendo considerarse ilegal el cierre en el que no se atienden por el empresario, sin razón objetiva que lo justifique, la petición de reapertura que aquéllos le dirijan.

c') A requerimiento de la autoridad laboral, en el plazo que ésta establezca. La desobediencia a dicho requerimiento genera responsabilidad administrativa a título de infracción muy grave (arts. 14 RDLRT y 8.9 LISOS). A este respecto, debe señalarse que la ausencia de requerimiento no convierte en legal un cierre empresarial que no reúna los requisitos exigidos para efectuarlo. La prolongación temporal del cierre por más tiempo de la causa que lo originó, lo convierte asimismo en ilegal. No obstante, el empresario puede impugnar el citado requerimiento ante la jurisdicción social, a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo.

E) Efectos

El cierre empresarial se diversifica, a la luz de la normativa vigente y la doctrina constitucional y judicial que la aplica, en cierre legal y cierre ilegal.

a) Cierre legal

El cierre ajustado al ordenamiento comporta efectos semejantes a los establecidos para la huelga legal (art. 12.2 RDLRT). El cierre legal opera como causa suspensiva del contrato de trabajo, por lo que las partes quedan exoneradas de prestar el trabajo y de retribuirlo [art. 45.1.m) ET]. El trabajador pasa a

la situación de alta especial en la Seguridad Social a efectos de prestaciones (art. 125.6 LGSS), suspendiéndose la obligación de cotizar (art. 105.6 LGSS). Excluido queda asimismo el devengo de prestaciones por desempleo y el subsidio por incapacidad temporal (arts. 131.4.3 OM 30-4-1977), sin perjuicio de la posibilidad de celebrar convenio especial con la Seguridad Social a fin de cubrir la cotización durante ese período (art. 18.1 OM 2865/2003).

b) Cierre ilegal

Ninguna consecuencia lesiva para el trabajador puede derivarse del cierre ilegal. De ahí que éste conserve su derecho al salario durante el tiempo de duración del cierre (art. 15 DLRT) y su situación de alta real en la Seguridad Social, que el empresario deba ingresar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a ese período, que tal período no se considere como ausencia injustificada a efectos sancionatorios y de vacaciones, y que tales ausencias se asimilen a tiempo cotizado para alcanzar el período mínimo exigido a efectos de prestaciones de desempleo (art. 3.3 RD 625/1985).

Del cierre ilegal pueden derivarse también consecuencias sancionadoras para el empresario. En el orden laboral, la negativa a la reapertura del centro de trabajo en el plazo establecido, cuando sea requerido para ello por la autoridad laboral competente, supone incurrir en infracción administrativa muy grave en materia de relaciones colectivas de trabajo (art. 8.9 LISOS). En el ámbito penal puede existir también responsabilidad exigible al empresario, especialmente en relación con dos tipos delictivos. De un lado, el cierre ofensivo o el de retorsión adoptado como represalia a una huelga o como sanción frente a la lícita actividad sindical, en el tipo delictivo contemplado en el artículo 315 CP (impedir o limitar el ejercicio del derecho de huelga mediante engaño o abuso de situación de necesidad). De otro, cuando, conforme al delito de coacciones (art. 172 CP), se impida al trabajador, sin estar legalmente autorizado, con violencia hacer lo que la ley no prohíbe (huelga) o se le compela a efectuar lo que no quiere (abandonar el trabajo).

De la responsabilidad penal del empresario infractor puede derivarse asimismo responsabilidad civil contractual respecto de los perjuicios objetivos que hayan podido experimentar los trabajadores afectados por el cierre (art. 1.101 CC), generándose así derecho a indemnización por la falta de percepción del salario durante el período de cierre y, en su caso, por haberse vaciado de contenido el derecho a la huelga (STS 14-12-2001).

BIBLIOGRAFÍA

I. Huelga y derecho de huelga: regímenes jurídicos y modelos normativos

AAVV: *La huelga y el cierre empresarial*, Madrid, 1979.

Durán López, F.: *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, 1976.

Escudero Rodríguez, R.: «Modelo normativo del derecho de huelga», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, 1983.

Martín Valverde, A.: «Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos», en AAVV: *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Zaragoza, 1978.

Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: «Experiencias de regulación del derecho de huelga en algunos países de las Comunidades Europeas», en AAVV: *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, Barcelona, 1988.

Martínez Abascal, V.A.: «La nova regulació del dret de vaga: breu crónica d'una norma anunciada». *Anuari Sòcio-Laboral de Catalunya 1992*. Barcelona, 1993.

Marzal, A. (ed.): *La huelga hoy en el Derecho social comparado*, Barcelona, 2005.

Sagardoy Bengoechea, J. A.: «Los modelos jurídicos de regulación del derecho de huelga: el modelo vigente en España y su comparación con el de los restantes países de la Comunidad Europea», en *Estudios sobre la huelga*, Madrid, 1992.

II. El derecho de huelga: regulación

AAVV: «La regulación del derecho de huelga en España», *RIEE*, n.os 2-3/2010.

Baylos Grau, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1988.

— «Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga», en Alarcón Caracuel, M. R. (coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1992.

— (coord.): *Estudios sobre la huelga*, Albacete, 2005.

Casas Baamonde, M. E.: «Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español», *REDT*, n.º 24/1985.

— «Derecho de huelga y Constitución: ¿Nuevas perspectivas?», *RL*, n.º 7/1994.

Castiñeira Fernández, J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Pamplona, 2006.

Ceinos Suárez, A.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Granada, 2000.

De la Villa Gil, L. E.: «Algunas reflexiones sobre la regulación de la huelga», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

Durán López, F.: *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, 1988.

Ferrando García, F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Pamplona, 1999.

— *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Valencia, 2001.

Gárate Castro, F. J.: «Modalidades de huelga en el ordenamiento jurídico español: la huelga intermitente», *REDT*, n.º 25/1986.

García Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, 1983.

García-Perrote Escartín, I.: *La huelga con ocupación del centro de trabajo*, Madrid, 1980.

Goerlich Peset, J. M.: *Los efectos de la huelga*, Valencia, 1994.

Gómez Caballero, P.: «El derecho de huelga en la función pública», TL, n.º 27/1986.

González Biedma, E.: *Derecho de huelga y servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa*, Madrid, 1992.

González de la Aleja, R.: *La titularidad del derecho de huelga*, Granada, 1999.

Goñi Sein, J. L.: «La responsabilidad civil del sindicato por huelga», *REDT*, n.º 43/1990.

López Martín de la Vega, R.: *La huelga de funcionarios públicos y el Código Penal*, Albacete, 2005.

Martín Valverde, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», *RPS*, n.º 121/1979.

— «Las limitaciones del derecho de huelga en la Administración pública», *REDC*, n.º 18/1986.

Martínez Abascal, V. A.: «Consideraciones en torno a la regulación del derecho de huelga», *EP*, n.º 3/1987.

— «Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga», *RL*, n.º 7/2010.

Martínez Abascal, V. A.; Rojo Torrecilla, E., y Pérez Amoros, F.: «La regulación promocional, legal y convencional del derecho de huelga. Algunos elementos de apoyo para el debate jurídico-sindical», *RL*, n.º 12/1992.

— «Los límites del derecho de huelga en la Constitución española», *RTL*, n.º 59/1994.

Matía Prim, F. J.: *El abuso del derecho de huelga. (Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español)*, Madrid, 1996.

— «Negociación colectiva y derecho de huelga: los pactos de paz», *RL*, n.º 19/1993.

Monereo Pérez, J. L. (coord.): *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, Granada, 2002.

Monreal Bringsvaerd, E.: *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*, Valencia, 2008.

Moreno Vida, M. N.: *La huelga en servicios esenciales*, Pamplona, 2007.
Ramírez Martínez, J. M.: «La titularidad del derecho de huelga», en AAVV: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.
Rentero Jover, J.: *El comité de huelga en el Derecho español del trabajo*, Madrid, 2002.
Rodríguez-Piñero, M.: «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», *RL*, n.os 15-16/1997.
Rojo Torrecilla, E.: «El Tribunal Constitucional ante el derecho de huelga. (Análisis de la Sentencia de 8 de abril de 1981)», *RPC*, n.º V/1981.
Torrente Gari, S.: *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, 1996.
Sala Franco, T., y Goerlich Peset, J. M.: «La huelga de los funcionarios públicos», *RL*, n.º 4/1985.
Santana Gómez, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Madrid, 1992.
Vivero Serrano, J. B.: *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, 2002.
— *La terminación de la huelga*, Valencia, 2007.

III. Cierre patronal

Barreiro González, G.: «El cierre patronal y el conflicto colectivo», en AAVV: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980.
Camps Ruiz, L. M.: «Huelgas intermitentes y cierre patronal», en AAVV: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980.
Cruz Villalón, J.: «El ejercicio del derecho al cierre patronal», *RL*, n.º 8/1986.
Diéguez Cuervo, G.: «Para una juridificación del lock-out», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.
García Fernández, M.: *El cierre patronal*, Barcelona, 1990.
Gómez Abelleira, F. J.: *El «lock-out» en el Derecho de los EEUU. Su contraste con el cierre patronal en el Derecho español*, Barcelona, 1998.
Miñarro Yanini, M.: *El cierre patronal*, Valencia, 2009.
Ramírez Martínez, J. M.: «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», en AAVV: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.
Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «El cierre patronal», en AAVV: *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia, 1978.
Ruiz Castillo, M. M.: *El cierre patronal*, Madrid, 1990.
Valdés Dal-Ré, F.: «Cierre patronal e intervención administrativa», *PJ*, n.º 1/1986.

CAPÍTULO 19:
NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL: CARACTERIZACIÓN Y REGULACIÓN

I. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

1. Concepto

Ni la norma interna (art. 82.1 ET) ni la internacional (art. 2 Convenio OIT 154/1981) facilitan noción alguna del derecho de negociación colectiva laboral, limitándose a perfilar los contornos del convenio colectivo. Sobre la base de su vigente regulación y de la jurisprudencia que la aplica, puede conceptuarse aquel derecho como el conjunto de facultades atribuidas a los representantes de los trabajadores y empresarios en virtud de su autonomía negocial colectiva, a fin de que, a través de un proceso negocial, puedan elaborar, celebrar y, en su caso, administrar, convenios colectivos. Así configurado, el derecho se proyecta sobre la institución de la negociación colectiva laboral y pone de relieve ciertos caracteres propios de la misma que tal derecho encauza.

A) Carácter colectivo

Se sitúa el derecho en el plano negocial colectivo, ya que las partes negociadoras o bien poseen dimensión colectiva mediante la representación de los trabajadores y los empresarios y la aplicación del convenio colectivo a sus representados, o bien la tienen a través de la aplicación del convenio colectivo al conjunto de trabajadores que prestan sus servicios para el empresario cuando éste es persona física. El derecho debe desenvolverse, conforme a su naturaleza, en el plano colectivo, sin que sea admisible sustituirlo por la autonomía individual en el contrato de trabajo.

B) Carácter laboral

La negociación colectiva sobre la que el citado derecho se edifica es la laboral. Por una parte, subjetivamente, en cuanto que los sujetos dotados de capacidad y legitimación para ejercerlo son los representantes de los trabajadores y empresarios, es decir, los sujetos que actúan esa representación en el ámbito de las relaciones contractuales de trabajo a las que se aplica el convenio colectivo. En principio, desde un punto de vista conceptual, no existe obstáculo para entender incluido en este ámbito subjetivo a todo trabajador dependiente, como sucede con los funcionarios y los TRADE. Sin embargo, en el ordenamiento vigente

la negociación colectiva de estos trabajadores, en sentido material, cuenta con una legislación específica (el EBEP y la LETA, respectivamente) que no les incluye en el marco normativo regulador de los convenios colectivos, de forma que, legalmente, su negociación colectiva debe calificarse como extralaboral y estudiarse de forma independiente a aquella otra calificada de laboral (Capítulo 20).

Por otra parte, la negociación colectiva se caracteriza asimismo como laboral desde el prisma del objeto de dicha negociación, que versa necesariamente sobre dicha materia.

C) Carácter de proceso negocial

El derecho a la negociación colectiva laboral se ejerce a través de un proceso negocial. La caracterización del ejercicio del derecho como un proceso supone que la negociación integra un conjunto de actos jurídicos, relaciones contractuales y comportamientos negociales que se ordena y sistematiza en distintas fases o momentos. Este proceso no debe identificarse aquí con el procedimiento de negociación o elaboración del convenio, ya que tal proceso se proyecta sobre los momentos previos a la negociación, sobre el desarrollo de la negociación e incluso sobre los momentos posteriores a la misma. Por consiguiente, la institución negocial colectiva no se identifica con una amalgama inconexa y arbitraria de actuaciones, si bien el proceso negocial puede contar con distinta precisión reguladora según el tipo de convenio objeto de negociación (ello sucede, por ejemplo, con los convenios colectivos estatutarios respecto de los extraestatutarios).

Por otro lado, el carácter negocial con que se identifica el mencionado proceso significa que el resultado de éste, el convenio colectivo, y su posterior aplicación, se logran y gestionan mediante la técnica negociadora y no de modo heterónomo a través de un acuerdo impuesto por un tercero o de modo unilateral por decisión del empresario. Partiendo del cumplimiento de unas reglas legales mínimas y, en general, indisponibles, el proceso negocial se desenvuelve con arreglo a pautas contractuales, de transacción, procurando conseguir un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes negociadoras. Estas pautas derivan del principio de autonomía normativa [Capítulo 15, I, 3, C)], en cuanto criterio regulador que faculta a las partes negociadoras para darse sí mismas, sin interferencias externas, las reglas que han de gobernar sus respectivos intereses en el ámbito sociolaboral. Desde este prisma, puede afirmarse que el derecho de negociación colectiva laboral es una proyección en este terreno del componente democrático que acompaña constitucionalmente al Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

D) Carácter dinámico

A diferencia del modelo de negociación colectiva laboral estática, en el que las partes concluyen su actividad negocial con la obtención del acuerdo colectivo y no la reanudan hasta el fin de su vigencia o hasta que, con anterioridad, se produzca un cambio sobrevenido de circunstancias, el concepto de negociación colectiva que aquí se acoge parte del modelo negocial dinámico, conforme al cual la finalidad de la negociación estriba no sólo en elaborar y celebrar convenios colectivos, sino también en administrarlos. Con arreglo a este modelo, la negociación colectiva laboral va más allá de las fases de negociación y adopción de dichos instrumentos convencionales, comprendiendo además funciones de gestión o administración de lo pactado. En el ordenamiento laboral español, este carácter dinámico no se establece para toda clase de convenios colectivos, pero se refleja legalmente en el tipo principal de éstos, el convenio colectivo estatutario, que incorpora por mandato legal en su contenido delimitador o necesario distintos mecanismos destinados a facilitar la adecuada aplicación e interpretación (por ejemplo, creando una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de todas las cuestiones relativas al convenio establecidas en la ley y que le sean atribuidas por dichas partes [art. 85.3.e) ET LEMURMEL].

2. Fundamento

La significación primaria del poder negocial colectivo de índole laboral se manifiesta, junto a otras expresiones de carácter institucional, en la ampliación del poder del trabajador individualmente considerado, al que el ordenamiento le impide en sus inicios determinar sus propias condiciones de trabajo a pesar del formal reconocimiento de su autonomía individual en la creación y dotación de contenido de su relación laboral, relegándolo después a una secundaria función adhesiva a las condiciones de trabajo ofertadas. Bajo un fundamento de reequilibrio igualador, el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios asciende por primera vez en la evolución de aquel ordenamiento al rango constitucional (art. 37.1 CE). Aún más, y como ya se ha señalado, consecuente con su capital trascendencia, tal derecho va ser considerado por la doctrina constitucional como inherente a la libertad sindical y, por ello, parte integrante de su contenido esencial (STC 37/1983), configuración aceptada luego por el artículo 2.2.d) LOLS.

En consecuencia con ello, ha de tenerse en cuenta que, si bien la autonomía individual ocupa un lugar preeminente en el sistema constitucional de relaciones laborales, no puede ignorarse que el libre juego de la misma se encuentra limitado por el recto ejercicio de la autonomía negocial colectiva. Porque siendo cierto que la autonomía individual no puede ser anulada por la colectiva, tampoco es posible, de acuerdo con la doctrina constitucional, rechazar la capacidad de incidencia de los convenios colectivos en la esfera de los derechos e intereses individuales «pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones precisa la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos» (STC 58/1985).

3. Evolución normativa

Hasta alcanzar su actual rango de derecho constitucional cívico, el de negociación colectiva presenta una trayectoria zigzagueante en el ordenamiento laboral. En ella pueden advertirse las fases de reconocimiento, supresión y admisión desvirtuada del referido derecho.

A) Reconocimiento

En sus inicios, la negociación colectiva se desenvuelve en el marco de la legislación obrera de forma aislada y episódica, ya sea en el ámbito empresarial, ya sea en el supraempresarial. Tal sucede, a guisa de ejemplo, con los acuerdos sobre descanso dominical (art. 4 Ley 3 de marzo de 1904,) o con los convenios sobre jornada de trabajo en la industria textil (art. 1 RD de 24 de agosto de 1913). La primera regulación de carácter general que reconoce los pactos colectivos de condiciones de trabajo será la LCT-1931, legitimando para su negociación a este respecto a las asociaciones patronales y profesionales obreras legalmente constituidas (art. 12). No obstante, su operatividad será limitada debido a su coexistencia con las bases convencionales de condiciones de trabajo, que podían adoptar los Jurados Mixtos y, en su caso, las Comisiones Paritarias, estableciendo, sobre las materias objeto de su competencia, condiciones más favorables para los trabajadores que las fijadas en las disposiciones legales (art. 11 LCT-1931).

B) Supresión

Congruente con la eliminación de la libertad sindical, la dictadura franquista suprimirá el derecho a la negociación colectiva al abrigo del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 (Declaración III, 4), reser-

vando para el Estado el monopolio en la regulación de las condiciones de trabajo, ejercido, sin delegación posible, por el Departamento Ministerial de Trabajo (art. 1 Ley 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo). Conforme a este precepto, dichas Reglamentaciones se configurarán como la regulación de «las condiciones mínimas a que han de ajustarse las relaciones laborales concertadas entre los empresarios y su personal en las distintas ramas y actividades». Pero esas condiciones eran mínimas tan sólo respecto del contrato del contrato y no en relación con el convenio colectivo, a la sazón inexistente.

C) *Admisión desvirtuada*

La ley de convenios colectivos sindicales de trabajo, de 24 de abril de 1958 admite una negociación colectiva desvirtuada, desproveyendo a las partes negociadoras de sus posiciones jurídicas contrapuestas en la misma, al señalar, entre las finalidades de dicha norma, como ya se apuntó en su momento (Capítulo 1, III, 3), la de fomentar «el sentido de unidad de producción y comunidad de trabajo» (art. 1). El contenido de esa norma muestra sin ambages la adulteración del poder negocial colectivo, tal como se configura en los sistemas democráticos de relaciones laborales. Por ejemplo, dando curso a una suerte de negociación colectiva sin libertad de constitución de sindicatos y de libre afiliación a los mismos, estableciendo la aprobación de la iniciativa negocial y del propio convenio por la autoridad laboral (arts. 8 y 13) o sustituyendo de forma obligatoria la negociación no alcanzada por normas administrativas de obligado cumplimiento (art. 10).

La posterior reforma de la disposición reseñada mediante la ley de convenios colectivos de 19 de diciembre de 1973, sólo incorporará algunos cambios no esenciales en el modelo intervenido y falsificado que aquélla instauró, puesto que permanece, entre los objetivos que la regulación de dichos instrumentos negociales asume, «la integración en una comunidad de intereses y de unidad de propósitos de los elementos personales que intervienen en el proceso autonómico y el fortalecimiento de la paz social» (art. 2). De aquí el carácter nominal de los referidos cambios. Por ejemplo, sustituyendo la aprobación del convenio por su homologación administrativa (art. 14.uno) o atribuyendo a la autoridad laboral la interpretación, con carácter general, del convenio colectivo, previo informe de la comisión paritaria del mismo (art. 18).

El DLRT modifica, en su Título III, la Ley de 19 de diciembre de 1973 e introduce una mayor flexibilidad en la materia, reduciendo el intervencionismo estatal no respetuoso con el significado de la autonomía colectiva en un régimen democrático (por ejemplo, la eficacia personal limitada del convenio, la supresión de las decisiones arbitrales obligatorias o el carácter subsidiario de las OL y RT respecto del convenio colectivo). No puede desconocerse, sin embargo que esta modificación normativa opera sobre el modelo de la Ley de 1973 y no garantiza plenamente la autonomía colectiva (como sucede por ejemplo, con la homologación del convenio por la autoridad laboral, la interpretación general del convenio por dicha autoridad, o la concepción del convenio colectivo como alternativa excluyente en todo caso al ejercicio del derecho de huelga). El referido Título III del DLRT será derogado posteriormente por la Disposición Final 3.ª15 ET-80. Pero antes de producirse esa derogación, el vigente texto constitucional, por vez primera, reconocerá y ordenará a la ley que garantice «el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37.1 CE).

II. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN

En el reconocimiento y garantía constitucionales del derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE), pueden advertirse tres cuestiones principales: el vínculo entre libertad sindical y negociación colectiva, el contenido esencial del derecho y la garantía del mismo.

1. El vínculo entre libertad sindical y negociación colectiva

Dos consideraciones deben tenerse en cuenta a este respecto:

a) El derecho de negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. De aquí que toda organización sindical legalmente constituida ostente tal derecho como un medio primordial de acción sindical y, por tanto, pueda negociar, celebrar y administrar instrumentos negociales colectivos [art. 2.2.d) LOLS y STC 73/1984], si bien para la elaboración y celebración de los convenios colectivos estatutarios deberá reunir determinados requisitos (subjetivos, objetivos y procedimentales).

b) Límite del referido vínculo. Aunque la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical derivada de la libertad sindical, ello no transforma a la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª CE, en el sentido y con las consecuencias que a da a este concepto la CE (STC 118/1983). Por ello, no toda violación del derecho de negociación colectiva comporta vulnerar la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 CE a efectos de su protección mediante el proceso, preferente y sumario, de tutela jurisdiccional de la libertad sindical y, en su caso, mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE). Para que esta tutela pueda aplicarse es necesario que la violación del derecho de negociación colectiva afecte a una organización o ente sindicales (STC 118/1983).

2. El contenido esencial del derecho

El emplazamiento del artículo 37.1 CE exige que la ley reguladora del ejercicio de este derecho respete su contenido esencial (art. 53.1 CE). Dos consideraciones suscita ese deber normativo:

a) De carácter objetivo. Consiste en determinar el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (Título I, Capítulo II, Sección 1.ª CE). A este respecto, es necesario remitirse a la doble vía definitoria establecida por el TC: reconocimiento del tipo normativamente descrito y tutela, real y efectiva, de los intereses jurídicamente protegidos mediante el derecho articulado (STC 11/1981).

b) De carácter funcional. La misma tiene dos manifestaciones. En primer lugar, la existencia de un principio de reserva relativa de ley, de forma que las líneas básicas conformadoras del derecho han de desarrollarse mediante la norma legal y no a través del reglamento. En segundo lugar, la existencia de un límite para el legislador en el sentido de que el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I, Capítulo II CE exige que su actuación normativa no interfiera en el libre juego del derecho y, por tanto, no penetre en el espacio constitucionalmente asignado a la negociación colectiva laboral (por ejemplo, excluyendo materias negociables o sustrayendo a las partes la facultad de establecer procedimientos extrajudiciales para la solución de los conflictos derivados de la negociación o de la aplicación de lo negociado). Esta actuación limitativa del legislador no supone, a la luz del principio de reserva de ley, abstencionismo regulador respecto de este derecho. Se trata de un abstencionismo relativo, pues «resultaría paradójico que existiera una bolsa de absoluta y total autonomía dentro de una organización como el Estado que, por definición, determina para sus súbditos un factor heteronómico» (STC 11/1981). Por consiguiente, el ejercicio del derecho de negociación colectiva ha de respetar el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), pero la ley no ha de invadir el amplio espacio que la CE atribuye al referido derecho, de acuerdo con el principio de reserva relativa de ley.

3. La garantía del derecho

La tercera cuestión enunciada exige determinar el significado y el alcance de esta garantía.

A) Significado

La ley reguladora del ejercicio del derecho de negociación colectiva no sólo debe respetar el contenido esencial del mismo, sino que también está obligada a garantizar ese ejercicio de acuerdo con la dicción del artículo 37.1 CE. Dicha garantía tiene un doble significado.

a) De un lado, pretende asegurar el libre ejercicio del poder negocial colectivo, preservándole de injerencias de terceros, en especial de las provenientes del poder ejecutivo (por ejemplo, atribuyendo la declaración de nulidad del convenio colectivo al orden jurisdiccional social y no a la autoridad laboral).

b) De otro, supone, al amparo de lo establecido en el Convenio OIT 154/1981, promocionar, reforzar y sostener la práctica negocial colectiva por parte de los poderes legislativo y ejecutivo (por ejemplo, ampliando los sujetos afectados por la negociación colectiva o las materias negociables).

B) Alcance

La garantía del derecho de negociación colectiva laboral se proyecta sobre los elementos que lo configuran. Así se desprende del artículo 37.1 CE, pues este precepto no sólo ordena al legislador garantizar ese derecho y la fuerza vinculante de los instrumentos negociales derivados de su ejercicio, sino que contiene un mandato directo sobre tales elementos, de forma que, yendo más allá de la idea de libertad negocial, se encomienda a la ley una función de efectividad y apoyo al proceso negocial y a su resultado (STC 208/1993). En este orden de cosas, en el artículo 37.1 CE pueden apreciarse hasta cuatro elementos conformadores del referido derecho, sobre los que se proyecta el mandato a la ley que para su garantía contiene dicho precepto.

a) Elemento constitutivo. Este elemento es consecuencia del reconocimiento mismo del «derecho a la negociación colectiva laboral». De este modo, la garantía constitucional del referido derecho implica, en primer término, el reconocimiento, desde la propia CE, del derecho subjetivo de recurrir a la institución para autorregular los respectivos intereses de los sujetos del mismo. La CE es, así, la fuente originaria en cuya virtud se establece el derecho. En segundo término, y aunque se trata de un derecho subjetivo incompleto (dada la inexistencia de una delimitación precisa y acabada de las partes negociadoras), del mismo se deriva implícitamente un correlativo deber de negociar que, como garantía del derecho, ha de abordar el legislador ordinario.

b) Elemento subjetivo. La titularidad y el ejercicio del derecho de negociación colectiva, como poder social para crear normas jurídicas, se reconocen, de forma amplia, en el artículo 37.1 CE a «los representantes de los trabajadores y empresarios». Se considera excluido de este ámbito subjetivo el personal sujeto a una relación de empleo público, de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 57/1982 y en base a unos argumentos controvertidos [Capítulo 20, I, 1, A)], que aluden, resumidamente, al tratamiento normativo no unitario entre dicho personal y el personal laboral (arts. 35.2 y 103.3 CE), a la reserva de ley para la regulación del Estatuto de la Función Pública (art. 103.3 CE), a la negación de que la negociación colectiva del personal sujeto a una relación de empleo público forme parte del contenido esencial de la libertad sindical y a la inaplicación del principio de igualdad entre la relación de empleo público y la relación laboral (art. 14 CE). También quedan al margen del artículo 37.1 CE los TRADE, a la luz de lo establecido al efecto en la LET (Capítulo 20, II, 1).

En el ámbito de la relación laboral asalariada, la capacidad negocial colectiva de los trabajadores se atribuye en todo caso a sus representantes, sin que dicho precepto establezca un monopolio sindical para actuarla, aunque la práctica muestra el elevado componente sindical de tal representación merced al

dispositivo legal de la mayor y suficiente representatividad. Por lo que se refiere a los empresarios, aquella capacidad se otorga tanto al empresario individualmente considerado como a sus representantes, que suelen ejercerla mediante la forma asociativa.

c) Elemento objetivo. Se identifica con el adjetivo «laboral» atribuido al derecho de negociación colectiva. Ese calificativo encierra un doble significado. De un lado, refuerza la delimitación del elemento subjetivo, dejando fuera del citado precepto la negociación colectiva extralaboral, es decir, aquella en la que interviene el Gobierno —estatal o autonómico— en su condición de poder público y no en calidad de empleador. De otra parte, enmarca el amplio contenido sobre el que puede ejercitarse el referido derecho: todas aquellas materias de índole laboral en las que se ventilen intereses económicos y sociales propios de los trabajadores y empresarios y de sus organizaciones representativas [arts. 7 CE y 5.2.b) Convenio OIT 154/1981].

d) Elemento aplicativo. Puede apreciarse este elemento en el mandato constitucional dirigido a garantizar «la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37.1 CE, in fine). Este mandato supone el reconocimiento constitucional de la eficacia normativa de todo convenio colectivo, sin terciar en la eficacia contractual y personal del mismo, que queda en manos del legislador ordinario, como ya se estudió en su momento (Capítulo 2, IV, 2).

III. CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO

El Título III ET (arts. 82 a 92) desarrolla una de las manifestaciones del derecho a la negociación colectiva laboral reconocido en el artículo 37.1 CE, mediante la regulación de los convenios colectivos estatutarios, que constituyen el paradigma de los instrumentos negociales colectivos incluidos en la esfera jurídico-laboral, pero no los únicos constitucionalmente posibles, como lo evidencia la admisión legal y judicial de los convenios colectivos extraestatutarios. El régimen jurídico de aquéllos se articula a través de los extremos que seguidamente se estudian.

1. Unidades de negociación

La unidad de negociación es el presupuesto material de la negociación colectiva laboral y constituye el ámbito delimitado con arreglo a criterios funcionales, territoriales y, en su caso, personales, en el que se elabora, celebra y aplica el convenio colectivo. Se comprende así que la delimitación de dicho ámbito forme parte del contenido necesario del convenio estatutario [art. 85.3.b) ET].

El ámbito funcional del convenio atiende a la actividad productiva o de distribución de servicios en los que el convenio ha de aplicarse con independencia de los específicos oficios o profesiones de los trabajadores (el sector, rama de la actividad, empresa, centro de trabajo, grupos de empresas…). A este respecto, la norma traza una división genérica entre ámbito de empresa o inferior y ámbito supraempresarial (art. 87 ET). Complemento necesario del anterior, el ámbito territorial delimita el espacio geográfico en el que el convenio ha de regir (estatal, autonómico, provincial…). Sobre este ámbito la norma sólo se pronuncia de modo expreso en relación con los de carácter estatal y autonómico, por lo que la delimitación autónoma de las partes negociadoras tiene aquí un amplio juego. El ámbito personal considera, en ocasiones, a determinados grupos o clases de trabajadores a los que se ha de aplicar el convenio, guardando también silencio a este respecto la normativa vigente.

Como puede verse, las partes negociadoras cuentan con un amplio margen para seleccionar la unidad de negociación que mejor se adapte a sus intereses, hasta el punto de poder identificarse un principio de libre elección de las mismas a este propósito, dado que el artículo 83.1 ET les atribuye la facultad de determinar, mediante acuerdo, el ámbito de aplicación de los convenios colectivos (art. 83.1 ET). Se trata de una facultad exclusiva de las referidas partes (STS 28-10-2003), pero que no les confiere una libertad irrestricta de elección (STC 137/1987). Entre esos límites se encuentran los derivados de las reglas sobre

legitimación negocial, que la reconoce para determinados ámbitos funcionales y territoriales (infra 2), de las reglas sobre concurrencia de convenios, que veda la afectación de un convenio por otro posterior de igual ámbito [infra 6, B)] o del principio de igualdad y no discriminación, que rechaza tratamientos desiguales desprovistos de justificación o razonabilidad (por ejemplo, la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación personal del convenio: STC 137/1987 y 177/1993).

2. Partes negociadoras

A) Caracterización

Son partes negociadores del convenio colectivo quienes ostentan capacidad y legitimación para elaborarlo y celebrarlo en una determinada unidad de negociación. No debe confundirse la noción de parte negociadora con la de sujeto negociador, dado que la actuación de las partes en la comisión negociadora del convenio se efectúa a través de los sujetos que las representan.

La capacidad convencional es la aptitud genérica para negociar y celebrar un convenio colectivo. Se trata de un poder jurídico abstracto en el sentido de que, por sí solo, no permite acceder a la negociación colectiva en cualesquiera ámbitos funcionales y territoriales, sino que, en cuanto manifestación de la capacidad de obrar, configura una condición necesaria pero no suficiente para negociar un concreto convenio colectivo. Esta capacidad negocial viene reconocida en el artículo 37.1 CE a los representantes de trabajadores y empresarios. Como es evidente, esta aptitud genérica precisa de ulterior especificación por parte de la ley.

La legitimación convencional se ocupa de ello, ya que aparece como la aptitud específica de las partes dotadas de capacidad negocial para elaborar y celebrar un convenio colectivo en una determinada unidad de negociación. Dicha legitimación se determina de un doble modo. Por un lado, mediante la legitimación inicial o básica (permite formar parte de la comisión negociadora). Por otro lado, acudiendo a la legitimación plena (la exigida para constituir la comisión negociadora y participar válidamente en la misma).

B) Partes legitimadas

En la disciplina de la legitimación convencional, y como ya se anticipó, la norma distingue un doble ámbito funcional (art. 87 ET). De un lado, los convenios de empresa, de ámbito inferior y de grupo de empresas (art. 87.1 ET). De otro, los convenios sectoriales (art. 87.2 a 5 ET). En cada uno de ellos, se atribuye la legitimación de manera diferenciada a la parte laboral y a la parte empresarial, si bien en los convenios sectoriales la representación de ambas partes se reconoce únicamente a representaciones colectivas de carácter sindical y asociativo. En los dos ámbitos funcionales la legitimación establece requisitos exigentes de implantación en la unidad de negociación, lo que resulta coherente con la eficacia personal general o erga omnes de que dispone el convenio colectivo estatutario (arts. 87 y 88 ET).

a) Convenios de empresa, de ámbito inferior y de grupos de empresas

a') Parte laboral

a") Convenios de empresa y de ámbito inferior. Cuentan con legitimación el Comité de Empresa, los Delegados de Personal, en su caso, o las Secciones Sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del Comité (requisito de legitimación plena para las secciones sindicales). En el supuesto de que exista más de una Sección Sindical, la distribución de los miembros de la comisión negociadora debe realizarse conforme al criterio de proporcionalidad, lo que significa su reparto en

proporción al número de representantes que cada Sección Sindical haya alcanzado en la elección para los órganos de representación unitaria.

b") Convenios de grupos de empresas y convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. La legitimación para negociar en representación de los trabajadores es la misma que tienen atribuida los sindicatos para la negociación de los convenios sectoriales [infra 2, A), b)].

c") Convenios de un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (convenios franja). Disponen de legitimación para negociar las Secciones Sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.

b') Parte empresarial

a") Convenios de empresa o ámbito inferior. La legitimación corresponde al propio empresario, sin perjuicio de que, usualmente, éste actúe mediante representación ordinaria.

b") Convenios de grupo de empresas y los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. Ostentan la legitimación convencional los representantes de dichas empresas, sin ningún requisito adicional de implantación.

b) Convenios sectoriales

a') Parte laboral

1.º Legitimación inicial

- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos (art. 6.2 LOLS).
- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos (art. 7.1 LOLS).
- Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los Comités de Empresa o Delegados de Personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio (art. 7.2 LOLS).
- En los convenios de ámbito estatal, los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos en ésta (por audiencia e irradiación), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 LOLS.

2.º Legitimación plena

La legitimación plena a fin de constituir válidamente la comisión negociadora y participar en ella exige un cómputo distinto para la representación de los trabajadores y empresarios. La primera queda válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones que cuenten con legitimación inicial representen como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los Comités de Empresa y Delegados de Personal, en su caso. Para las asociaciones empresariales, ver infra *b')*, 2.º

La norma prevé el supuesto en que no pueda obtenerse la legitimación plena por parte de la representación de los trabajadores (art. 88.2 conforme al RDL-MURNEC). En tal caso, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

Para ambas representaciones, rige la regla de la distribución de los miembros de la comisión negociadora conforme al criterio de proporcionalidad, que supone realizar dicho reparto «en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación» (art. 88.2.4.º ET conforme al RDL-MURNEC).

b') Parte empresarial

1.º Legitimación inicial

- Convenios sectoriales en general. Las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, siempre que aquéllas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como las asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados.
- En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad señalada en el apartado anterior, están legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de CA que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de las empresas o trabajadores.
- Convenios de ámbito estatal. Están también legitimadas en estos convenios las asociaciones empresariales de CA que cuenten en ella con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito del convenio.

2.º Legitimación plena

La válida constitución de la comisión negociadora exige que los empresarios afiliados a las asociaciones empresariales con legitimación inicial ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

3. Contenido

El contenido de los convenios colectivos estatutarios está integrado por el conjunto de materias susceptibles de constituir el objeto de la negociación colectiva entre las partes negociadoras. El estudio de ese contenido debe examinar en primer lugar las distintas clases que en el mismo pueden advertirse de acuerdo con el clausulado del convenio y, en segundo término, los diferentes límites que a este respecto establece la ley.

A) Clases

La vigente regulación de este aspecto negocial, permite distinguir entre un contenido normativo, un contenido obligacional y un contenido delimitador («mínimo») del convenio. El interés práctico de esta clasificación reside en apreciar que no todas las cláusulas del convenio cumplen la misma función ni despliegan los mismos efectos.

a) Contenido normativo

El contenido normativo del convenio está integrado por las cláusulas que, trascendiendo la relación obligacional entre las partes negociadoras, se dirigen a la regulación tanto de los aspectos que atañen al encuadramiento o delimitación del convenio, como a las relaciones de trabajo, individuales o colectivas, incluidas en su ámbito de aplicación (art. 85. 1 ET). Por consiguiente, el contenido normativo «está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica (el contenido

mínimo o necesario previsto en el art. 85.2 ET), y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo (materias incluidas en el art. 85.1 ET)» (SSTS 26-4-2007 y 28-9-2011).

Las cláusulas que integran el contenido normativo del convenio son las más numerosas y pueden regular, en la línea de un contenido expansivo, distintas materias de las relaciones individuales y colectivas de trabajo y de otras materias vinculadas con éstas:

a') Relaciones individuales de trabajo: «materias de índole económica y laboral» (por ejemplo, salarios, tiempo de trabajo, clasificación profesional o movilidad funcional y geográfica).

b') Relaciones colectivas de trabajo: «materias de índole sindical» (por ejemplo, la ampliación de las garantías de los representantes unitarios en la empresa o de los derechos de las Secciones Sindicales o el canon de negociación).

c') La acción social a favor de los trabajadores: «materias de índole... asistencial» (por ejemplo, préstamos a bajo interés para compra de vivienda, ayudas para estudios, ayudas para el desplazamiento al centro de trabajo o mejora de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social).

Al destinarse principalmente el contenido normativo del convenio a la regulación de las relaciones de trabajo, el legislador ha procurado de modo especial regular su cumplimiento y vigencia, con la finalidad de preservarlo y de evitar vacíos normativos. Por esta razón, la norma califica como infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias, no sólo a las normas legales y reglamentarias, sino también a las «cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas…», tipificadas y sancionadas de conformidad con la LISOS (art. 5 LISOS) (tipificación y sanción que se contiene en los arts. 7.3, 6 y 9, 8.8, 9.4, 10.8 y 11.4, y 36 a 39 LISOS). Las citadas cláusulas son tan sólo las contempladas en los convenios estatutarios, puesto que de la eficacia contractual de los convenios extraestatutarios se deriva su implícita exclusión de la LISOS (Capítulo 19, IV, 8.ª).Por lo que se refiere a su vigencia, la misma se examina después [infra III, 5, B)].

b) Contenido obligacional

Su objeto es el conjunto de cláusulas que pretenden asegurar la eficacia del convenio, mediante la atribución de derechos y obligaciones a las partes contratantes. Así lo entiende también la jurisprudencia, al señalar que «el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante los que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas» (SSTS 26-4-2007 y 28-9-2011). Se trata de todas aquellas las materias que «afecten [...] al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales» (art. 85.1 ET). La función asignada a estas cláusulas supone que las partes se obligan bien a no realizar actuaciones que puedan impedir la aplicación del contenido normativo del convenio o bien a desarrollar las que contribuyan a su aplicación.

Dentro del contenido obligacional del convenio es posible distinguir diversas cláusulas de esta naturaleza.

a') Cláusulas de paz sindical. En su virtud, las partes se comprometen a no ejercitar el derecho de huelga o el derecho a adoptar otras medidas de CCT durante la vigencia del convenio. Dicho compromiso puede efectuarse en relación con cualesquiera materias, hayan o no sido objeto de regulación en el convenio (deber de paz absoluto, que requiere pacto causal, concluido «a cambio de determinadas compensaciones» de la contraparte, según la STC 11/1981, al no tener cabida en el ordenamiento los contratos sin causa: art. 1.261 CC) o bien tan sólo en relación con las materias contempladas en el convenio o establecidas en laudo arbitral (deber de paz relativo, con igual exigencia de pacto causal). Recuérdese que este último se califica de relativo a la luz de la doctrina constitucional y jurisprudencial que, interpretando los artículos 11.c) y 20 DLRT, abre significativos espacios de licitud a las reclamaciones que los trabajadores o sus representantes puedan plantear durante la vigencia del convenio o del laudo [Capítulo 18, III, 2, A)].

b') Cláusulas de organización de la actividad contractual. Hacen referencia a la estructuración de los distintos niveles de la actividad negocial (cláusulas de reserva y de reenvío de determinadas materias), mediante el reparto de los contenidos contractuales.

c') Cláusulas de administración del convenio. Mediante estas cláusulas obligacionales se establecen órganos paritarios para el desarrollo o ejecución del propio convenio (por ejemplo, comisión de seguimiento de la contratación temporal o comisión para el estudio de la siniestralidad laboral). A diferencia de las cláusulas normativas, el incumplimiento de las cláusulas obligacionales no lleva aparejado el mecanismo sancionador que la LISOS establece para las primeras. Ello no impide que la parte perjudicada por el incumplimiento de dichas cláusulas pueda exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan irrogado (art. 1.101 CC).

La vigencia de las cláusulas obligacionales se examina más adelante [infra, B), b)].

c) Contenido delimitador o necesario

Está integrado por cláusulas cuya finalidad es identificar a las partes negociadoras, el ámbito de aplicación y la vigencia del convenio («cláusulas de encuadramiento»), así como por cláusulas destinadas a la aplicación y administración de lo pactado («cláusulas de gestión»). Por consiguiente, estas cláusulas delimitadoras o necesarias tienen un carácter mixto, ya que, junto a su carácter delimitador, recuérdese que también integran el contenido normativo del convenio (art. 85.3 ET). Debe advertirse, asimismo, que las cláusulas de gestión que integran este contenido delimitador no son cláusulas obligacionales, aunque por su contenido podrían considerarse como tales. No lo son porque su adopción es obligada, a diferencia de las obligacionales, que pueden o no pactarse por las partes negociadoras.

Al regular este contenido delimitador, el artículo 85.3 ET hace referencia al «contenido mínimo» del convenio. Se trata, en realidad, de un contenido necesario más que mínimo, pues sería absurdo suponer que un convenio colectivo pudiera limitarse únicamente a establecer ese contenido. Conforme a la distinción trazada, en este contenido se distinguen cláusulas de encuadramiento y cláusulas de gestión.

a') Cláusulas de encuadramiento. Tales cláusulas han de versar sobre los siguientes aspectos [art. 85.3.a), b) y d) ET]:

a") Determinación de las partes que lo conciertan. Es decir identificación de los sujetos que, ostentando capacidad y legitimación negociales para la elaboración y conclusión del convenio en una determinada unidad de negociación, no sólo lo han negociado sino que, finalmente, también lo han suscrito.

b") Delimitación de los ámbitos personal, funcional, territorial y temporal del convenio. Tales cláusulas remiten, de una parte, a la determinación de las unidades de negociación (ámbitos funcional, territorial y personal) y, de otro lado, a la vigencia del convenio (ámbito temporal).

c") Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia [art. 85.3.d) ET conforme a la LEMURMEL].

b') Cláusulas de gestión. Deben abordar los siguientes aspectos [art. 85.3.c) y e) ET conforme a la LEMURMEL]:

a") Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la inaplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en dicho precepto.

b") Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras se le atribuyan, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de

las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET.

B) Límites

a) Límite general

Al amparo del principio de libertad de contratación, los convenios estatutarios pueden regular las materias ya señaladas con arreglo a un criterio de gran amplitud. Sin embargo, esa regulación habrá de efectuarse «dentro del respeto a las Leyes» (art. 85.1 ET). Este límite general, vuelve a reiterarse por el legislador al referirse control previo de legalidad del contenido convencional por la autoridad laboral, control que debe verificar si el convenio «conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros» (art. 90.5 ET); lesión de terceros que conforma, en realidad, un supuesto singular de vulneración de la legalidad vigente.

Por consiguiente, el principio de jerarquía normativa autoriza a la ley para establecer límites específicos al derecho de negociación colectiva, puesto que los convenios colectivos no están exentos del sometimiento a dicho principio (arts. 9.3 CE y 85.1 ET). En todo caso, tales límites han de estar justificados por la protección de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos. En el terreno de su contenido, los límites específicos existen en dos vertientes. En primer lugar, en la relaciones funcionales entre la ley y el convenio colectivo y, en segundo término, en las relaciones funcionales entre convenios colectivos.

b) Límites específicos: relaciones funcionales entre la ley y el convenio colectivo

La articulación entre poder normativo estatal y autonomía colectiva negocial, remite a la ordenación de las relaciones entre ley y convenio colectivo, configuradas sobre el principio de jerarquía normativa estática, pero modalizadas en sentido dinámico por el juego del principio de norma mínima. De acuerdo con ello, las relaciones entre ley y convenio colectivo que suponen otros tantos límites al contenido convencional, se acomodan a las relaciones de suplementariedad, de complementariedad, de supletoriedad y de exclusión, ya estudiadas en su momento al hilo del principio de norma mínima [Capítulo 3, I, 1, B)] y que aquí sólo se examinan como límite del contenido negocial en el marco de las relaciones entre la ley y el convenio.

a') Relación de suplementariedad. En cuya virtud el convenio tiene atribuida la función tradicional de mejorar los mínimos de derecho necesario relativo que, en todo caso, han de ser respetados por la norma convencional (art. 3.3 ET). Ello significa que esos mínimos son inderogables peyorativamente por la autonomía colectiva de las partes negociadoras, que tan sólo pueden superar los mínimos legales, configurados así como garantía o suelo de contratación del que debe de partir el convenio (jornada, vacaciones, retribuciones…).

b') Relación de complementariedad. Con arreglo a la misma, la norma estatal determina las líneas básicas de una materia —que habrá de respetar la negociación colectiva—, y remite su regulación específica o de desarrollo al convenio colectivo. Por tanto, esta relación requiere también la presencia conjunta de la norma estatal y de la convencional (por ejemplo, el art. 31 ET remite a la negociación colectiva la determinación del mes en que haya de percibirse una de las gratificaciones extraordinarias).

c') Relación de supletoriedad. Mediante la misma la regulación legislativa de la materia únicamente es aplicable en defecto de una solución normativa pactada en convenio colectivo. Es decir, esta relación responde al modelo de norma estatal dispositiva, derogable por tanto mediante convenio colectivo. Por ejemplo, las horas extraordinarias tienen carácter voluntario salvo pacto en contrario en convenio colectivo (art. 35.4 ET); la fijación del horario flexible es facultad del empresario salvo pacto en contrario en convenio colectivo (art. 36.1 ET).

d') Relación de exclusión. Supone que, en virtud del principio de reserva de ley, determinadas materias sólo podrán ser reguladas por la norma legal o sólo podrán serlo dentro de un límite máximo. Se trata, en este caso, de reglas que se inscriben en el derecho necesario absoluto y en los máximos de derecho necesario. Las primeras son intangibles en todo caso por el poder negocial colectivo. Por ejemplo, las reglas sobre los privilegios del crédito salarial (art. 32 ET) o sobre la edad mínima que fija la capacidad laboral para contratar como trabajador (art. 6.1 ET). Las segundas permiten la negociación colectiva pero dentro de unos topes máximos establecidos por la ley. Ejemplo arquetípico de ello es el que brinda la fijación por ley de límites al crecimiento global de los salarios pactados en la negociación colectiva, operando respecto de estos últimos como máximos de derecho necesario (STS 7-4-1995). Respecto de los empleados públicos (personal funcionario y laboral), la doctrina constitucional considera que la fijación de límites máximos globales a la masa retributiva de dichos empleados encuentra su fundamento en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general, como medida encaminada a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (SSTC 63/1986 y 96/1990 y arts. 40.1 y 131.1 CE).

c) Límites específicos: relaciones funcionales entre convenios colectivos

Los límites específicos al contenido negocial derivados de estas relaciones vienen establecidas también por la ley, pero, a diferencia de los anteriores, la norma legal faculta a la negociación colectiva para que ésta pueda utilizar los singulares mecanismos limitativos que la ley le ofrece. Las reformas laborales de 2010 y 2012 han ahondado en estos límites, principalmente a través de tres técnicas normativas.

a') Inaplicación de condiciones de trabajo

Esta técnica limitativa del contenido negocial afecta también a la eficacia normativa del convenio (art. 82.3 conforme a la LEMURMEL). Inicialmente prevista para la materia retributiva («descuelgue salarial»), las mencionadas reformas han ido ampliando el catálogo de materias sobre las que puede operar la inaplicación de condiciones de trabajo.

a") Causas, condiciones de trabajo objeto de inaplicación y procedimiento. La concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, permite la adopción de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, a fin de inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa, que afecten a las determinadas materias, coincidentes con las establecidas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, salvo la citada en último lugar: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET de esta Ley y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Con alguna modificación respeto de las causas económicas que determinan el despido colectivo, se suministra por la norma una presunción de concurrencia de las causas que permiten llevar a cabo la inaplicación o «descuelgue» de condiciones de trabajo. Tal presunción se activa para las causas económicas, «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción, se reiteran literalmente los mismos términos previstos para éstas en el despido colectivo [Capítulo 14, IV, 3, B)].

b") Sujetos legitimados para intervenir en la comisión negociadora. Están legitimados como interlocutores para intervenir en la comisión negociadora del período de consultas, los representantes legales de los trabajadores, conforme a lo establecido al respecto en el art. 41.4 ET para las modificaciones colectivas

de condiciones de trabajo. En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos, con carácter previo al inicio del período de consultas, podrán atribuir su representación a una comisión representativa designada conforme a lo dispuesto en el artículo citado 41.4 ET (comisión directa o sindicalizada), cuyos miembros integrarán la parte social de la comisión negociadora. Se aplica, asimismo, lo dispuesto en este precepto sobre la constitución de la comisión representativa de los trabajadores art. 82.3 ET conforme a la LEMURMEL y la LETAPMUES; Capítulo 12, II 2, D)]. La consulta ha de efectuarse en una única comisión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Debe hacerse notar, dada su relevancia, que la eficacia normativa del convenio colectivo estatutario queda legalmente desvirtuada en el supuesto de que sea la comisión directa quien negocie el acuerdo de empresa para la inaplicación de condiciones de trabajo, habida cuenta de que su representatividad y consiguiente experiencia negociadora estarán muy alejadas de la exigente legitimación establecida en los artículos 87 y 88 ET para negociar esa clase de convenios.

c") Solución de discrepancias durante el período de consultas. El desacuerdo que pueda surgir durante el período de consultas es susceptible de someterse por cualquiera de las partes a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde el planteamiento a la misma de la discrepancia. Si no se solicita la intervención de la comisión o, si solicitada, ésta no alcanza un acuerdo, las partes deben recurrir a los procedimientos establecidos en su caso en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de inaplicación, «incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET».

d") Finalización del período de consultas con acuerdo. También en esta materia la norma pretende estrechar el margen de apreciación judicial respecto de la justificación de la inaplicación de las condiciones de trabajo. De aquí que la finalización del período de consultas con acuerdo lleve aparejada la presunción de que concurren las causas justificativas para la inaplicación, de modo que dicho acuerdo «sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión».

Sin embargo, a este respecto, debe observarse que la reducción de la referida facultad judicial no resulta tan intensa si se repara en algunas consideraciones que sustentan el carácter iuris tantum de aquella presunción. En primer lugar, que las causas justificativas pueden ser cuestionadas judicialmente por los mencionados motivos de impugnación. En segundo término, que existen límites expresos en la norma cuya vulneración puede asimismo producirse en virtud de tales motivos o de la violación de reglas imperativas. De un lado, un límite de contenido y temporal, según el cual «El acuerdo debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa». Por otra parte, un límite de garantía antidiscriminatoria a cuyo amparo el acuerdo de inaplicación «no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa». En último lugar, que el referido acuerdo no puede contravenir los derechos reconocidos a los trabajadores en disposiciones de derecho necesario, ya se trate de normas legales (por ejemplo, discriminación por causas legalmente prohibidas distintas de las razones de genéro específicamente contempladas en el art. 82.3 ET), ya se trate de convenios colectivos estatutarios (por ejemplo, cláusula convencional que adapta la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral contemplado en el art. 34.8 ET), y que el acuerdo de inaplicación suspende)

e”) Finalización del período de consultas sin acuerdo. Para el supuesto de que el período de consultas concluya sin acuerdo y las partes negociadoras no se hayan sometido a los procedimientos previstos para resolver la discrepancia durante dicho período o tales procedimientos no la hayan solucionado, la norma establece un procedimiento específico de solución de controversias que, en alguno de sus aspectos, supone una indebida limitación de la autonomía negocial colectiva constitucionalmente garantizada.

En el supuesto señalado de falta de acuerdo tras el período de consultas, «cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET» (art. 14.1 LEMURMEL, que modifica el artículo 82.3 ET). La sujeción a esta decisión arbitral sin que exista un compromiso previo, directo y expreso de las partes negociadoras a fin de someterse a la misma, violenta de plano su autonomía negocial colectiva al imponérseles tal decisión sin el concurso de su voluntad ad hoc, de suerte que, respecto de ellas, el arbitraje tiene un carácter obligatorio, sólo admitido por la ley como solución extrema ante conflictos colectivos de extraordinaria gravedad.

No lo entiende así la doctrina constitucional, al considerar que la intervención de aquella Comisión, estatal o autonómica, es una medida excepcional que está justificada en este supuesto por razón de «los intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo...». (STC 119/2014). Junto a ello, se señala que aquella intervención es «una medida razonable, que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionalmente protegidos en los artículos 35.1 , 38 y 40.1 CE». Para la referida doctrina, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida se constata, básicamente, porque la posibilidad de inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo por parte de la antedicha Comisión no puede prescindir de la existencia de ciertos límites y caracteres derivados del régimen jurídico regulador de la inaplicación. Por una parte, límites causales (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); límites materiales (la inaplicación sólo se permite para las materias delimitadas en el art. 82.3 ET) y límites temporales (la duración de la inaplicación debe especificarse en la decisión o en el laudo arbitral). Por otra parte y en lo que respecta a la Comisión, decisoria o arbitral, se señala el carácter subsidiario atribuido a su intervención, que sólo se admite tras el fracaso de los previos cauces establecidos para que, en el ámbito de la autonomía colectiva, las partes del convenio puedan resolver sus discrepancias al respecto; el carácter tripartito de su composición (integrada por representantes de la Administración Pública, de los empresarios y de los trabajadores) y el carácter judicialmente controlable de su decisión o del laudo arbitral.

En la mencionada resolución se subrayan, asimismo, las sustanciales diferencias existentes en el supuesto del arbitraje público obligatorio como medio de solución extrajudicial de los conflictos laborales, del que se ocupó la STC 11/1981 para declarar la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento dictados por la autoridad laboral, y el régimen previsto en el artículo 82.3 ET. A juicio del TC, de esas diferencias deriva la diferente conclusión que se alcanza ahora sobre la constitucionalidad de este precepto. La doctrina que contiene esta resolución se reitera en la STC 8/2015.

El voto particular formulado a la mencionada STC 119/2014 discrepa de la misma y enjuicia como inconstitucional y nulo el artículo 14.1 LEMURMEL, en la redacción que incorpora al artículo 82.3 ET. Considera dicho voto, en síntesis, que el sometiendo con carácter obligatorio, y por iniciativa de una sola de las partes negociadoras, a la decisión de la referida Comisión u órgano autonómico equivalente, como forma de resolver la falta de acuerdo con que puede concluir el período de consultas para la referida

inaplicación de las condiciones de trabajo, convalida de nuevo, sin justificación constitucional, «la figura del laudo obligatorio, proscrita, salvo por razones de salvaguardia de intereses generales, por la STC 11/1981», desconociéndose así, al tiempo, el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente garantizado.

f”) Comunicación del acuerdo de inaplicación. En la línea de suprimir controles administrativos de legalidad sobre las decisiones empresariales modificatorias, suspensivas y extintivas de contratos de trabajo mediante despido colectivo, se dispone que el resultado de los procedimientos específicamente previstos para este supuesto extintivo, concluido con la inaplicación de condiciones de trabajo, ha de comunicarse a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito. Por otra parte, el acuerdo debe ser notificado, asimismo, a la comisión paritaria del convenio colectivo.

b’) Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio estatutario

Con anterioridad al RDL-MURMET esta clase de modificaciones sólo era factible mediante acuerdo de las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo estatutario. La modificación sustancial de condiciones de trabajo establecida en esta clase de convenio colectivo, de sector o empresarial, se remite ahora a lo establecido en materia de inaplicación de condiciones de trabajo (art. 41.6 ET conforme a la LEMURMEL). Pero esta remisión no puede efectuarse en bloque, aunque este precepto, en un alarde de deficiente técnica normativa, no efectúe distinción alguna al propósito. Y ello por tres razones principales. En primer lugar, porque se trata de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (rúbrica con la que se rotula el art. 41 ET), que deben estar sujetas, por lo tanto, a la delimitación realizada por la jurisprudencia de su carácter sustancial y a la configuración específica de las causas que las justifican, establecidas para dichas modificaciones en el artículo 41.1 ET conforme a la LEMURMEL. En segundo término, dado que para la determinación jurídico-formal del carácter individual o colectivo de dichas modificaciones hay que estar a los umbrales que establece el artículo 41.2 ET conforme a la LEMURMEL. Y, en tercer lugar, porque los efectos derivados de la decisión empresarial modificatoria son específicos y diversos (art. 41.3 y 5 ET conforme a la LEMURMEL) de los previstos para la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio.

De las anteriores precisiones se infiere que la citada remisión para modificar sustancialmente convenios estatutarios ha de entenderse hecha tan sólo a algunos aspectos del procedimiento establecido para la inaplicación de condiciones de trabajo en el artículo 82.3 ET, debiendo regirse los restantes aspectos de su régimen jurídico que acaban de señalarse por lo establecido para esa clase de modificaciones en el artículo 41 ET (Capítulo 12, II, 2).

c’) Prioridad aplicativa

Supone un límite relevante al contenido negocial, al tiempo que una descentralización de negociación colectiva, la prioridad aplicativa que se atribuye al convenio de empresa, de grupos de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en una serie de materias (art. 84.2 ET conforme a la LEMURMEL). Este límite debe ser estudiado en el punto relativo a la concurrencia de convenios [infra 6, B)].

4. Elaboración y tramitación del convenio

Una vez que las partes negociadoras han elegido, usualmente de común acuerdo y en una fase previa, la unidad de negociación en la que están legitimados para negociar, se abre propiamente el procedimiento

de elaboración del convenio. Tras su finalización al haberse alcanzado un acuerdo sobre la integridad del instrumento convencional, tiene lugar una fase posterior a la elaboración, que se refiere a la tramitación del convenio ante la autoridad laboral competente.

A) Procedimiento de elaboración

El procedimiento de elaboración del convenio se halla acusadamente formalizado por la ley en razón de la eficacia normativa y personal que posee el convenio estatutario. En dicho procedimiento pueden distinguirse tres fases: de iniciativa negocial, de constitución de la comisión negociadora y de negociación propiamente dicha.

a) Fase de iniciativa negocial (art. 89 ET)

La parte que cuente con capacidad y legitimación para negociar, puede promover el procedimiento tomando la iniciativa negocial. Esta iniciativa debe concretarse mediante comunicación escrita dirigida a la otra parte, que ha de tener un contenido mínimo: la representación que se ostenta de acuerdo con el ET (art. 87), los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación. Asimismo, debe remitir copia de dicha comunicación, a efectos de registro, a la Administración laboral competente de acuerdo con el ámbito territorial del convenio. Si la promoción para negociar es consecuencia de la denuncia de un convenio vigente, la comunicación debe realizarse de forma simultánea al acto de denuncia, teniendo en cuenta que tal denuncia no equivale, por sí sola, a dicha comunicación (STS 1-6-1990).

La parte receptora de la comunicación tiene, en principio, la obligación de negociar, que no la de convenir o concertar de modo necesario el convenio. Existen, no obstante, supuestos de negativa justificada al inicio de la negociación:

a') Existencia de causa legal que lo impide (comunicación irregular, falta de legitimación para negociar de cualquiera de las partes, falta de competencia para negociar las materias propuestas…).

b') Existencia de causa convencional que lo impide (incumplimiento de los requisitos de forma, condiciones y plazo del convenio anterior, incumplimiento de las previsiones sobre estructura de la negociación establecidas en acuerdo interprofesional o convenio o acuerdo sectorial vigentes…).

c') Cuando se trate de revisar un convenio en vigor, es decir, de negociar para los mismos ámbitos funcional y territorial hallándose en vigor el anterior convenio, pues ello supondría alterar ilegalmente el período de vigencia pactado en ese convenio.

De acuerdo con su obligación de negociar, la parte receptora de la comunicación, en el plazo máximo de un mes a contar de la fecha en que reciba la comunicación, debe responder en todo caso por escrito y motivadamente a la propuesta de negociación, es decir, exista o no causa justificada para iniciar la negociación.

b) Fase de constitución de la comisión negociadora

En esta fase, que en la práctica se solapa con la anterior, en el mismo plazo de un mes ya señalado, ambas partes han de proceder a constituir la comisión negociadora (arts. 88 y 89 ET).

La comisión, una vez constituida de acuerdos con las reglas de legitimación ya señaladas [supra III, 2, B)], ha de estar formada por un número máximo de trece miembros (convenios de ámbito empresarial o inferior) o de quince miembros (ámbito supraempresarial) de cada una de las partes. Una vez constituida, la comisión podrá designar, por mutuo acuerdo, un presidente, así como contar con la asistencia de asesores, que intervendrán, en ambos supuestos, con voz pero sin voto. En caso de desacuerdo sobre la designación de presidente, las partes deben consignar en el acta de la sesión constitutiva el procedimiento a emplear para moderar las sesiones y firmar las actas que correspondan a la mismas junto con un repre-

sentante de cada una de ellas y el secretario de la comisión (rotación de la presidencia entre los miembros, asunción de este cometido por el secretario…).

c) Fase de negociación

Aunque está exenta de prescripciones legales minuciosas a fin de preservar el principio de libre contratación colectiva y de amplitud del contenido convencional, en esta fase rigen algunas reglas a tener cuenta:

a') La obligación de negociar bajo el principio de la buena fe. Ello exige un comportamiento leal por ambas partes (existencia real de un intercambio de propuestas y contrapuestas; proporcionar a la parte contraria la información y documentación en que se basen las propias posiciones; no utilizar medios dolosos ni violentos, de ahí que, en supuesto de que se produzcan violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes, y ambas partes comprueben su existencia, se establezca que quede suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas: art. 89.1 ET). La convocatoria y desarrollo de huelga legal no vulnera el principio de la buena fe.

b') El establecimiento de un quorum de votación, necesario para la validez de los acuerdos que alcance la comisión, que requiere el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET).

Cuestión importante es la de determinar si el porcentaje exigido ha de referirse a los miembros de la comisión (cómputo sobre personas) o a la representación que ostenta cada organización sindical interviniente en la negociación (cómputo sobre porcentajes representativos), en los casos de convenios de ámbito supraempresarial o de ámbito empresarial o inferior negociados por Secciones Sindicales (cuando negocia la representación unitaria el cómputo se realiza sobre personas). La doctrina constitucional entiende «que si negocia la representación electiva la designación de los componentes del «banco social» de la Comisión Negociadora debe ser proporcional al índice de representatividad que cada Sindicato tenga en aquella representación electiva. Mientras que si negocian las representaciones o Secciones Sindicales, todas ellas tienen derecho, cuando menos, a participar en la designación de los componentes de dicho "banco social", aun cuando pueda ser impracticable por las limitaciones numéricas que todas hayan de contar con algún miembro en el mismo, sin que la o las Secciones que por sí solas reúnan la mayoría de los miembros de la representación unitaria puedan designar la Comisión Negociadora, excluyendo de dicha designación a las restantes Secciones Sindicales» (SSTC 187/1987 y 137/1991).

c') Las partes, en cualquier momento de las deliberaciones, pueden acordar la intervención de un mediador designado libremente por ellas. La figura del mediador está concebida con la finalidad de facilitar la consecución de acuerdos y la paralela de evitar conflictos que los dificulten o imposibiliten.

d') El texto que recoja el convenio ha de ser formalizado por escrito, siendo nulo el que incumpla esta forma ad solemnitatem (art. 90.1 ET).

B) Tramitación

Una vez celebrado el convenio válidamente, éste debe ajustarse a una determinada tramitación (arts. 90.1, 2, 3, 5 y 6 y 8.3 y 11 RD 713/2010).

a) Debe presentarse en el plazo de quince días a partir del momento de su firma, ante la autoridad laboral competente por razón del ámbito territorial, a los solos efectos de su registro. Una vez registrado, ha de remitirse por ésta al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito.

b) Seguidamente, la autoridad laboral, en el plazo de diez días desde la presentación del convenio en el registro del órgano administrativo, adoptará una resolución disponiendo la publicación obligatoria y gratuita del convenio en el diario oficial que corresponda, según su ámbito territorial de aplicación.

c) En el supuesto de que autoridad laboral considere que «el convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros» (arts. 90.5 ET y 163.1 LJS), ha de dirigirse a la jurisdicción laboral, mediante la demanda de oficio que abre la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos [Capítulo 26, III, 2, D)]. En este caso el registro tiene carácter provisional. La autoridad judicial es la única competente para, en su caso, declarar la nulidad total o parcial del convenio colectivo.

5. Vigencia

A) Entrada en vigor

La autonomía negocial colectiva extiende también su garantía a la fecha de entrada en vigor del convenio, cuya determinación queda atribuida a las partes (art. 90.4 ET). El precepto estatutario modifica así el criterio sentado en la normativa precedente, que identificaba la entrada en vigor de aquel instrumento con la fecha de su publicación una vez homologado por la autoridad laboral (art. 11 Ley 38/1973). Ahora bien, la fecha en que el convenio entra en vigor no ha de coincidir necesariamente con la de su publicación, que puede ser anterior, coetánea o posterior a aquélla. Pero conviene anotar que esa falta de coincidencia no implica prescindir de la publicación del convenio estatutario en cuanto requisito para su validez y eficacia normativa. De ahí que, en su mayoría, la doctrina científica y la jurisprudencia consideren inexigible el convenio estatutario hasta tanto no tiene lugar su publicación, al margen de la aplicación voluntaria por los destinatarios del instrumento convencional durante ese interregno.

La autonomía negocial de las partes rige también para atribuir al convenio colectivo una entrada en vigor inmediata o diferida, simultánea o sucesiva. La práctica negocial no suele mostrar ejemplos de entrada en vigor sucesiva, siendo también escasa la utilización por las partes negociadoras de la vigencia inicial diferida para algunas materias. Mayor variedad presenta, en congruencia con la amplitud reconocida a la autonomía colectiva, la forma de determinación del dies a quo a partir del cual el convenio inicia su vigencia. Las más usuales establecen esa fecha con referencia a una determinada, al momento de su firma, a un momento posterior al de su firma , a partir de su publicación en el correspondiente periódico oficial o a partir de una fecha posterior a dicha publicación y expresamente fijada.

Desde su inicial versión de 1980, el ET permite a las partes negociadoras exceptuar el inicio usual de vigencia del convenio estatutario dotándole, conforme al ordenamiento común, de efectos retroactivos, pactando a este respecto «distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias» (art. 86.1 ET). Sin embargo, el pacto sobre los efectos retroactivos cuenta con dos límites insuperables: uno de carácter personal y el otro de índole material. Con arreglo al primero, la retroactividad del convenio estatutario alcanza válidamente a los trabajadores que tenían viva su relación laboral durante el período de tiempo al que se extiendan los efectos retroactivos del nuevo convenio, al margen de que aquéllos mantuvieran o no activa por cualquier causa la relación laboral en el momento en que el nuevo convenio entra en vigor (STS 23-11-1992). La aplicación de este criterio limitativo a la materia retributiva comporta que los efectos retroactivos de los salarios fijados en convenio colectivo no pueden condicionarse a situaciones tales como la permanencia de los trabajadores en la empresa, «puesto que su cese anticipado sólo podrá trascender a la reducción proporcional del derecho, pero no a su devengo» (STS 30-9-1992).

Conforme al segundo, determinadas materias son, por su propia naturaleza, insusceptibles de ser aplicadas retroactivamente, pese al irrestricto alcance que se deriva del tenor literal del artículo 86.1 ET, como sucede, a guisa de ejemplo, con algunas de las integradas en los derechos y garantías sindicales, las medidas contra el acoso sexual en el trabajo o la salud y seguridad laboral. Ignorando esta limitación material, no es infrecuente que los convenios establezcan la retroactividad del convenio estatutario en su totalidad.

B) Duración

a) Prórroga automática

La autonomía negocial recogida en el artículo 86.1 ET permite a las partes, asimismo, pactar una duración indefinida o determinada para el convenio estatutario. La primera es del todo episódica en la práctica negocial, al chocar con la necesaria acomodación a la fluyente dinámica socieconómica de determinadas materias del convenio. Por el contrario, la duración determinada viene favorecida por ese factor de adaptación. Pero también por el propio legislador, que parece decantarse tácitamente por una duración temporalmente acotada de los convenios estatutarios al establecer, salvo pacto en contrario, la prórroga anual para aquellos en los que no medie denuncia expresa de las partes (art. 86.2 ET).

Esta regulación de la prórroga automática del convenio supone que la denuncia tempestiva pone fin a la vigencia y eficacia del convenio estatutario cualquiera que sea la duración del mismo y evita su prórroga automática. Se exceptúa así la operatividad que posee la denuncia en el régimen común de los contratos, en el que únicamente se requiere para aquellos de duración indefinida, partiendo de la base de que en los que la tienen determinada la denuncia es innecesaria, toda vez que las partes son inicialmente conocedoras de la fecha en que la relación contractual llegará a su fin. La normativa laboral deja así en manos de las partes negociadoras valorar si a sus intereses conviene la prorroga automática del convenio o si sirve mejor a los mismos la renovación de sus contenidos. La virtualidad de esta segunda alternativa implica la atribución a aquellas partes del ejercicio de la facultad unilateral de desistimiento o denuncia, de acuerdo con los requisitos que, de modo general, establece el artículo 85.3.d) ET. Esta solución normativa es respetuosa con el nuevo diseño constitucional de la negociación colectiva, ofreciendo a las partes un mecanismo que posibilita acomodar el convenio estatutario a sus intereses en función de las contingentes circunstancias que aconsejen su parcial o íntegra renovación.

Este ámbito de actuación de la autonomía negocial no agota, con todo, el abanico de posibilidades que la norma legal reconoce a las partes negociadoras, pues el ejercicio de la facultad de denuncia obstativa a la prórroga anual admite, en el tenor literal del artículo 86.2 ET, pacto en contrario. La interpretación literal del precepto no permite abrigar duda alguna: el pacto en contrario no sólo afecta a la prórroga, sino a la denuncia misma, pues la construcción literal de la fórmula supletoria con que se abre la primera parte del citado precepto alcanza tanto a las posibles modalidades que la prórroga puede revestir como a la facultad misma de denuncia. Desde esa inteligencia, el mencionado pacto habilita a las partes negociadoras para acordar que no harán uso de la denuncia y que, pese a ello, el convenio estatutario no se prorrogará anualmente, cuando, como es lógico, se trata de un convenio de duración determinada, pues en el duración indefinida un pacto de esa condición carece de sentido.

b) Prórroga provisional

La vigente regulación de la prórroga provisional o ultraactividad del convenio estatutario —figura concebida para evitar vacíos convencionales en la regulación de las condiciones de trabajo—, experimenta un contundente retroceso en esa finalidad garante que se ha venido asignando a dicha prórroga (art. 86.3 ET conforme a la LEMURMEL).

Inicialmente, la suerte de dicha prórroga se deja en manos de la autonomía negocial colectiva, ya que una vez que el convenio colectivo se ha denunciado de forma expresa y ha concluido la duración pactada, su vigencia se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Si este pacto no se alcanza durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, supletoriamente se mantiene la vigencia del convenio, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Por consiguiente, las restantes cláusulas obligacionales que se hayan podido pactar no pierden vigencia durante esta prórroga provisional.

Tampoco pierden vigencia durante dicha prórroga las cláusulas normativas del convenio, aunque en el actual artículo 86.3 ET haya desparecido la regla dispositiva que consideraba vigente el contenido normativo del convenio si las partes no hubieran acordado nada al efecto. Y ello porque «las partes pueden adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen» (art. 86.3 ET), facultad cuyo ejercicio presupone la prórroga provisional del contenido normativo, en su integridad o en parte.

Pero la autonomía negocial experimenta dos limitaciones que pretenden reducir la duración de la prórroga provisional del convenio.

Una primera se canaliza a través de los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico regulados en el artículo 83 ET. Estos instrumentos negociales deben establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo sobre la vigencia prorrogada del convenio, lo que incluye el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje. El laudo arbitral que se dicte tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Los citados acuerdos interprofesionales deben especificar asimismo los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, con expresión concreta, para el caso de que no resulte posible alcanzar un acuerdo en el seno de la comisión negociadora, del carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes. En defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario de dicho sometimiento, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

La segunda limitación es mucho más incisiva y supone un punto de inflexión en la garantía de la ultraactividad del contenido normativo y, en su caso, obligacional del convenio (salvo el supuesto de las cláusulas de paz ya señalado). Con la nueva regulación derivada de la reforma de 2012, «Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación» (art. 86.3 ET conforme a la LEMURMEL).

C) *Sucesión de convenios*

Al establecerse por la norma que «El convenio que sucede a otro anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan» (art. 86.4 ET), se traslada al ámbito laboral el principio de modernidad en la sucesión de convenios y, por tanto, el carácter no necesariamente meliorativo del convenio posterior, a salvo de que las partes acuerden prorrogar la vigencia del anterior, de forma íntegra o parcial, manteniendo así las condiciones más ventajosas de origen convencional.

Ahora bien, el principio de modernidad en la sucesión de normas y de convenios estatutarios no puede dar curso a cualquier clase de afectación de derechos nacidos y consumados bajo la norma convencional derogada, pues el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales impide una tal libertad irrestricta de disposición (art. 9.3 CE). De ahí que, bajo el auspicio de este último principio, el convenio colectivo no goce de una disponibililidad plena sobre los derechos reconocidos en el precedente al que sucede, como pudiera desprende de una lectura aislada del artículo 82.4 ET. El principio de modernidad en la sucesión de convenios no habilita en todo caso, por tanto, para despojar al trabajador de los logros sociales plasmados en ciertos derechos individuales. A este respecto, de la propia doctrina del TC se desprenden dos limitaciones que configuran el alcance de la irretroactividad prohibida en el referido precepto y de la razón suficiente que habilita para sacrificar aquellos logros.

La primera de ellas tiene carácter subjetivo y contiene una doble determinación. De un lado, acota el alcance de la expresión «derechos individuales», que ha de entenderse como equivalente a los derechos fundamentales del Título I CE (SSTC 27/1981 y 6/1983), lo que reduce el perímetro aplicativo del principio de irretroactividad. De otro lado, supone, en clave igualmente reductora, que los derechos colectivos quedan al margen de la citada locución, hecho evidenciado por la exclusión del adjetivo «sociales» durante el proceso de elaboración del texto constitucional.

La segunda limitación es de orden material y ha permitido al TC calificar la irretroactividad prohibida como aquella que implica «la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir» (SSTC 42/1986 y 97/1990). Conforme a esta doctrina, queda vedado al nuevo convenio que sucede a uno anterior disponer sobre los derechos fundamentales de carácter individual reconocidos y consumados bajo la vigencia de ese convenio anterior. Doctrina seguida por la jurisprudencia ordinaria, que rechaza la posibilidad de válida disposición de los derechos adquiridos en la sucesión de convenios, matizando que la existencia de un derecho adquirido precisa de «la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto, según las exigencias de la anterior normativa, y por ello no basta que el derecho haya nacido, ya que ello es una mera expectativa, sino que tiene que haberse producido la consolidación de la situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior» (SSTS 7-4-1993 y 12-12-1994). El respeto al criterio de indisponilidad de tales derechos supone, de forma consecuente, que en la sucesión de convenios, si bien se admite la validez de la regresividad de algunos de sus contenidos sin afectar a los referidos derechos, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse con mayor frecuencia, es decir, «aquella en que el que nuevo Convenio se aplica sólo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente» (SAN 29-5-2013).

D) Suspensión o modificación del convenio

La ley prevé para los funcionarios un supuesto excepcional de suspensión o modificación por parte de los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas del cumplimiento de los pactos y acuerdos firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público y que ha de fundarse en causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas (art. 38.10 EBEP).

Tal supuesto no es aplicable con carácter general al personal laboral que presta servicios en el sector público, al regirse por la legislación laboral en materia de negociación colectiva, salvo los preceptos del EBEP que expresamente les sean aplicables (art. 32 EBEP), y teniendo en cuenta que en dicha legislación los convenios gozan de eficacia normativa y por ello, «tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito» (STS 28-9-2011). La salvedad y la consiguiente aplicación del supuesto a dicho personal, vienen dadas por la admisión legal expresa de los pactos y acuerdos conjuntos de personal funcionario y laboral (art. 38.8 EBEP).

6. Aplicación

Una vez en vigor, el convenio estatutario encuentra aplicación a través de dos vías: autónoma y heterónoma, no necesariamente incompatibles pero que pueden serlo. Junto a ello, la aplicación del convenio puede experimentar distintas vicisitudes. Unas derivan de la prohibición de concurrencia entre convenios. Otras suponen bien la ampliación de su ámbito aplicativo (adhesión y extensión) o bien la subordinación de ciertos convenios a la prioridad aplicativa que se reconoce legalmente a otros.

A) Vías de aplicación

a) Aplicación autónoma: la administración del convenio

La aplicación efectiva de lo pactado en el convenio requiere normalmente una actividad adicional a la propia negociación, que concrete y desarrolle determinadas previsiones contempladas en el mismo o que resuelva las controversias que surjan de su aplicación e interpretación.

La importancia y necesidad de esa actividad adicional de administración del convenio, queda de manifiesto en la exigencia estatutaria de que las partes negociadoras, como contenido «mínimo» del convenio (rectius: contenido delimitador) designen una comisión paritaria de la representación de dichas partes, como ya se apuntó. Entre las funciones que puede desempeñar dicha comisión figura la interpretación ordinaria de las cláusulas del convenio o la adaptación de las mismas a situaciones no previstas. Cercana a ella se sitúa una función impuesta por la ley para su intervención con carácter previo al planteamiento formal de conflicto colectivo sobre la interpretación o aplicación del convenio colectivo en el ámbito de los procedimientos extrajudiciales establecidos en los acuerdos interprofesionales, convenios o acuerdos colectivos sectoriales o sobre materias concretas, o en el ámbito del correspondiente proceso judicial (art. 91.3 ET).

b) Aplicación heterónoma: la impugnación del convenio

Sin perjuicio de las atribuciones conferidas a dichas comisiones paritarias, la jurisdicción del orden social es competente para conocer y resolver las controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos [arts. 91 ET y 2.h) LJS]. La intervención jurisdiccional puede promoverse por distintos sujetos mediante el proceso especial de impugnación de convenios colectivos [Capítulo 26, III, 2, D].

B) Vicisitudes en la aplicación

a) Concurrencia de convenios

a') Supuesto general

Los convenios colectivos vigentes pueden concurrir de forma no conflictiva cuando en sus ámbitos de aplicación no se producen regulaciones contradictorias, sino complementarias o suplementarias. Por el contrario, la concurrencia conflictiva entre convenios vigentes tiene lugar cuando sus regulaciones son discordantes o incompatibles entre sí. A este último supuesto se refiere con carácter general la primera cláusula del artículo 84.1 ET al prohibir que un convenio colectivo pueda ser afectado durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Si tal afectación o incompatibilidad se produce, el convenio anterior en el tiempo goza de preferencia aplicativa sobre el posterior incompatible, que, en su caso, no se aplicará hasta que finalice la vigencia del primero. La preferencia aplicativa se determina por la inscripción registral del convenio anterior ante la autoridad laboral competente.

Sin embargo, la citada prohibición tiene carácter dispositivo en determinados supuestos. Dejando a un lado otros supuestos más dispersos (por ejemplo, el de la transmisión de empresa del art. 44.4 ET), el propio artículo 84 ET contempla dos en los que se exceptúa aquella prohibición.

b') Excepciones

a") El pacto en contrario. El propio artículo 84.1 ET autoriza a exceptuar la regla prohibitiva mediante pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 ET. Como ya se sabe, este precepto faculta a los acuerdos interprofesionales y a los convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico para establecer la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso,

las reglas resolutorias de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito (por ejemplo, el principio de especialidad del ámbito más concreto o el principio de norma más favorable), de modo que tales reglas tienen carácter preferente a la aplicación prioritaria del convenio anterior en el tiempo.

b") La descentralización negocial y la prioridad aplicativa. Afecta a dos ámbitos funcionales de negociación (art. 84.2 ET conforme a la LEMURMEL):

1.º Convenios de empresa y asimilados. Bajo la finalidad de reducir el ámbito aplicativo de la negociación colectiva supraempresarial, la regulación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio de empresa, de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tiene prioridad aplicativa en relación al convenio estatal autonómico o de ámbito inferior, en una serie de materias:

- La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- Aquellas otras que se establezcan en los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET.

Esta prioridad aplicativa no es disponible (no puede ser alterada) por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET.

La doctrina constitucional (STC 119/2014) entiende que esta descentralización de la negociación colectiva supraempresarial no infringe el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE), toda vez que, siendo el de negociación colectiva un derecho de configuración legal, «corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios…». La sentencia considera, en este sentido, que con la actual regulación no se impide que puedan seguir negociándose convenios colectivos sectoriales; que éstos regulen las materias sobre las que se reconoce prioridad aplicativa a los convenios de empresa; que las secciones sindicales puedan negociar convenios colectivos de empresa y que lo mismo pueda hacer la representación unitaria existente en ella, ya que, respecto de esta última posibilidad, del artículo 37.1 CE no resulta que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la realizada por otros representantes de los trabajadores. Los objetivos últimos de la modificación del artículo 84.2 ET por la LEMURMEL se identifican, para esa doctrina, también aquí y al igual que sucede en el caso de la duración del período de prueba del CTIAE (Capítulo 5,III,2, B), con «la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, con el empleo…»; finalidades que entroncan con el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40.1 CE).

La STC 8/2015 abunda en la misma doctrina, reiterando que el articulo 84.2 ET «no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE), teniendo en cuenta que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva; que respecto de esta última el legislador tiene libertad de configuración para

fijar su estructura y ordenación, y que del Texto Fundamental no se deduce tampoco que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores».

Distinto es el parecer jurídico del voto particular formulado al criterio mayoritario de la STC 119/2014. En el mismo se considera inconstitucional y nulo el artículo 14.3 LEMURMEL, modificatorio del artículo 84.2 ET, «por el contrariar los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE)». En este sentido, para el voto disidente la nueva regla del artículo 84.2 ET, es una restricción vulneradora de la libertad de estipulación que forma parte del contenido esencial del derecho de negociación colectiva constitucionalmente garantizado, y, en la medida en que tal restricción afecta a los sindicatos más representativos o representativos del sector, lesiona también la libertad sindical que reconoce el artículo 28.1 CE.

Desde la perspectiva de la doctrina cientifica, la prioridad aplicativa del convenio de empresa merece fundadas críticas, entre las que cabe destacar:

- Su inoperatividad en las empresas de pequeña dimensión (con datos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al 1-1-2011 las empresas con una plantilla entre 1 y 9 trabajadores suponían el 40 por 100 de total), dada la inexistencia o baja presencia en éstas de representantes de los trabajadores.
- La reducción de costes laborales que con dicha prioridad se pretende, en detrimento de la igualdad en la regulación de las condiciones de trabajo que los convenios colectivos sectoriales auspician. Al servicio de ese objetivo se sitúa la inmunidad absoluta de los convenios de empresa en su preferencia aplicativa respecto de los convenios de ámbito superior.
- El desmesurado incremento del poder negocial colectivo que se reconoce en el ámbito de la empresa al empleador. De un lado, porque, a diferencia del supuesto de inaplicación o «descuelgue» de condiciones de trabajo (art. 82.3 ET), para la prioridad aplicativa del convenio de empresa la ley no exige la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, utilizando probablemente el implícito y cierto criterio de que no se está aquí ante una modificación de condiciones de trabajo, sino que se trata de la regulación de tales condiciones en la negociación de un nuevo convenio; lo que no impide, sin embargo, que, según el principio de buena fe al que dicha negociación está sometida (art. 89.1 ET), las posiciones negociadoras de las partes deban estar sustentadas en razonamientos avalados por la información y documentación exigible a un comportamiento leal (infra III, 4, A). De otro, porque se amplia la panoplia de instrumentos de flexibilidad interna de condiciones de trabajo que puede utilizar el empleador en aquel ámbito: la modificación sustancial de condiciones de trabajo, ya sean colectivas, ya sean formalmente individuales pero materialmente colectivas (art. 41 ET), la inaplicación o «descuelgue» de condiciones de trabajo (art. 82.3 ET) y la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET), ésta última utilizable indistintamente respecto del «descuelgue» en las materias contempladas en ambos preceptos (arts. 82.3 y 84.2 ET).

2.º Convenios de Comunidad Autónoma (art. 84.3 ET). La descentralización normativa se produce aquí hacía el ámbito autonómico, facultándose a los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 ET, a fin de que, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, puedan negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, siempre que el acuerdo se adopte con arreglo a las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. En todo caso, la regla es dispositiva para la autonomía negocial, ya que existe la posibilidad de pactar en contrario conforme al artículo 83.2 ET.

Complemento de esta regla es la referida a la exclusión de la negociación en este supuesto de determinadas materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen

disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. No obstante, también se permite exceptuar dicha exclusión cuando sea aplicable un régimen distinto a este respecto, establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado conforme al artículo 83.2 ET (art. 84.4 ET).

b) Adhesión y extensión

El ámbito de aplicación de un convenio estatutario en vigor puede verse ampliado por la actuación de sujetos externos al propio convenio vigente. En nuestro ordenamiento se prevén dos mecanismos para poder efectuar dicha ampliación: la adhesión a un convenio en vigor y la extensión de un convenio igualmente en vigor (art. 92 ET). El primero se desenvuelve en la esfera de la autonomía colectiva. El segundo utiliza un procedimiento heterónomo para ampliar aquel ámbito de aplicación.

a') Adhesión

a'') Concepto. La adhesión es el acuerdo por virtud del cual las partes legitimadas en una determinada unidad de negociación (ámbitos funcional y territorial) deciden que se aplique en dicha unidad un convenio colectivo en vigor pactado en distinta unidad negocial y por distintas representaciones. Este acuerdo se configura, desde la perspectiva de las representaciones que celebraron el convenio en vigor, como un acto unilateral y no recepticio, ya que el acuerdo de adhesión surte sus efectos consientan o no en la misma las partes del convenio al que se efectúa la adhesión.

La adhesión ha sido prevista por el legislador para cubrir ámbitos carentes de convenio propio y debe estar motivada por los perjuicios derivados, para las empresas y trabajadores concernidos, de la imposibilidad de suscribir en el ámbito supraempresarial un convenio colectivo de los previstos en el ET. Por ello no es posible utilizarla para sustituir un convenio vigente, ni para superponer dos o más convenios colectivos. No pueden pues las partes que pretendan la adhesión estar afectadas por otro convenio.

b'') Requisitos.

- Subjetivo. Referido al común acuerdo de las partes legitimadas para negociar y concluir un convenio colectivo en el ámbito de la unidad de negociación de que se trate. Por tanto, las partes celebran un auténtico convenio colectivo, si bien bajo la modalidad de convenio colectivo por adhesión.
- Objetivos.
  - El acuerdo de adhesión debe referirse a la totalidad del convenio al que se adhieran las partes legitimadas. No caben, pues, adhesiones parciales. Sin embargo, debe señalarse que una adhesión a la totalidad del convenio en vigor es material y normativamente imposible: ni las partes negociadoras son las mismas ni el ámbito territorial de las dos unidades de negociación es el mismo (no puede cumplirse en su integridad el contenido delimitador del convenio).
  - La no afectación, ya mencionada, por otro convenio colectivo en vigor.
  - Aunque la norma no lo exige, resulta necesario para poder aplicar el convenio colectivo en vigor que exista una homogeneidad entre el ámbito funcional de dicho convenio vigente y el de la unidad de negociación en la que se acuerda la adhesión.
- De forma. Ha de comunicarse, como todo convenio colectivo, a la autoridad laboral competente a los efectos de su registro y depósito [arts. 92.1 ET y 1.3 y 2.1.e) RD 713/2010].

b') Extensión

a") Concepto. La extensión se configura como un acto de la Administración Pública en virtud del cual se aplica un convenio colectivo en vigor a los trabajadores y empresarios de una unidad de negociación (ámbito funcional y territorial) en la que no es posible conseguir que las partes celebren un convenio colectivo. Su finalidad reside en suplir la ausencia de partes legitimadas para negociar en el ámbito correspondiente. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la extensión se configura como un procedimiento prioritario respecto a la regulación sectorial de las condiciones de trabajo por vía reglamentaria (Disp. Adic. 7.ª ET).

b") Procedimiento. A fin de compaginar la intervención administrativa que el acto de extensión comporta con la autonomía colectiva, la iniciativa de la extensión es siempre a instancia de parte, en concreto de los representantes de trabajadores y empresarios que cuenten con legitimación en el ámbito correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.2 y 3 ET (arts. 92.2 y 3.2 RDECO).

La decisión de proceder a la extensión corresponde a la autoridad laboral competente, previo informe de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Las CCAA con competencia en materia laboral tienen potestad para adoptarla dentro de su ámbito territorial (SSTC 86/1991 y 102/1991). La resolución, motivada, debe dictarse en el plazo de tres meses desde la entrada de la solicitud en el organismo correspondiente, entendiéndose denegada si en tal plazo no recae resolución expresa (arts. 92.2 ET y 8.2 y 3 RDECO). La autoridad laboral competente debe proceder al registro, depósito y publicación del acto de extensión [arts. 2.3.c) y 12 RDECO].

El acto de extensión es un acto administrativo reglamentario y no un convenio colectivo. Ello tiene, entre otras, las siguientes consecuencias:

1.ª La posibilidad de ser recurrido en vía contencioso-administrativa.

2.ª La desvinculación del convenio colectivo extendido más allá de la voluntad de la autoridad laboral, que podrá eventualmente vincularlo. Por ejemplo, los efectos de la prórroga anual y la denuncia a que se refiere el artículo 86.2 y 3 ET no afectarán a quienes se aplique por extensión el convenio (art. 9.3 RD 572/1982).

3.ª La posibilidad de negociar un convenio colectivo durante la vigencia del acto de extensión, puesto que, por no tratarse de un convenio colectivo sino de una disposición reglamentaria, no rige la regla de no concurrencia prevista expresamente en el ET para los convenios colectivos (art. 84.1) y para la adhesión a convenios (art. 92.1).

IV. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO

Como ya se estudió [Capítulo 2, IV, 2, A)], esta clase de convenios se admite por la doctrina constitucional con el límite de que su celebración no implique la práctica de conductas antisindicales (STC 108/1989). Constituyen una válvula de escape, sobre todo para modular las más rígidas exigencias derivadas de la negociación estatutaria en punto a la legitimación de las partes negociadoras. Se acepta por la doctrina constitucional su eficacia normativa y la personal limitada (STC 121/2001), aunque la primera es doctrinal y jurisprudencialmente debatida.

No disponiendo estos convenios de regulación específica y negándose por la jurisprudencia su acomodo en el artículo 37.1 CE —aunque no así por la doctrina constitucional: capítulo 2, IV, 2, B)—, su régimen jurídico deriva, básicamente, de las reglas generales del derecho común de los contratos, por lo que el mismo presenta una mayor flexibilidad en relación con los convenios estatutarios. De aquí que las reglas reguladoras de dicho régimen dependan, en buena medida, de la amplia autonomía negocial de

que gozan las partes en estos convenios. En consecuencia, sólo es factible realizar a este respecto algunas consideraciones generales:

1.ª El recurso al convenio extraestatutario no es enteramente libre pese a lo que pudiera deducirse erróneamente de la STC 121/2001, toda vez que, en caso de existir partes legitimadas para negociar un convenio estatutario, esta negociación tiene prioridad al constituir un desarrollo expreso —aunque no único— del derecho constitucional a la negociación colectiva y formar parte sus reglas de legitimación negocial del orden público laboral.

2.ª La representación de los trabajadores legitimada para negociar habrá de ser de carácter sindical [art. 2.2.d) LOLS], al no admitir la jurisprudencia ordinaria la aplicación del artículo 37.1 ET a estos convenios. De modo que un convenio extraestatutario celebrado por una minoría de la representación unitaria carecería de validez, amén de no tenerla como convenio estatutario (STCT 16-10-1986).

3.ª No puede identificarse un deber de negociar convenios extraestatutarios, habida cuenta de la inaplicación a los mismos del artículo 37.1 CE. Lo que no implica que la negociación no haya de desarrollarse conforme al principio de la buena fe (art. 7.1 CC).

4.ª Aunque el contenido de las materias negociables es amplio, su sujeción a las leyes y al orden público laboral (art. 1.255 CC) comporta el consiguiente sometimiento al derecho necesario legal y convencional, máxime teniendo en cuenta la condición estrictamente contractual de estos convenios extraestatutarios. A este respecto, recuérdese que, como ya se estudió (capítulo 2, IV, 2, B), el alcance de ese contenido no puede tener vocación de generalidad, de modo que, debe ceñirse a la eficacia personal limitada propia de estos instrumentos convencionales (STS 21-2-2006), implicando ello la imposibilidad de regular materias «que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que excede de la negociación extraestatutaria» (SSTS 22-10-2013), por ejemplo, la clasificación profesional (STS 1-6-2007).

5.ª No es obligado su registro y depósito, por lo que es también inexistente el control de legalidad por parte de la autoridad laboral.

6.ª Al negarse su eficacia normativa, tampoco es necesaria su publicación oficial.

7.ª No pueden concurrir de forma conflictiva con los convenios estatutarios, al estar subordinados a éstos por su carácter contractual [art. 3.1.c) ET]. La concurrencia entre convenios extraestatutarios debe resolverse por la vía de la novación contractual si tienen el mismo ámbito de aplicación (art. 1.203 CC). Si no lo tienen, el principio de norma más favorable queda fuera de su alcance aplicativo.

8.ª Su incumplimiento no puede sancionarse por vía administrativa, al no calificarse estrictamente sus cláusulas de normativas, aunque es factible su impugnación ante la jurisdicción social mediante la modalidad procesal de conflictos colectivos (art. 153.1 LJS).

9.ª Carecen de la ultraactividad propia de los convenios colectivos estatutarios (supra III, 5, B), al tener únicamente naturaleza contractual y no disponer por ello de eficacia normativa (SSTS 11-7-2007 y 9-2-2010).

BIBLIOGRAFÍA

I. Derecho de negociación colectiva laboral: concepto, fundamento y evolución normativa

Alonso Olea, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Granada, 2001.
Baylos Grau, A. (dir.): *La dimensión europea y transnacional de la negociación colectiva*, Albacete, 2003.
Del Rey Guanter, S.: *El Estado de la negociación colectiva en España*, Madrid, 2003.
Escudero Rodríguez, R. (coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, 2006.
Gallart Folch, A.: *La convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Granada, 2000.

García Murcia, J.: *La reglamentación sectorial de trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Madrid, 2001.

Martín Valverde, A.: «Concertación social y diálogo social», *RL*, n.º 2/1994.

Martínez Abascal, V. A.: «Negociación colectiva y flexibilización en la reforma laboral», *EP*, n.º 23/1994.

— «Negociación colectiva», en AAVV: *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Pamplona, 2009.

Montalvo Correa, J.: *Las normas de obligado cumplimiento. Unestudio sobre el intervencionismo del Estado en la negociación colectiva en España*, Madrid, 1972.

Navarro Nieto, F.: *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Albacete, 2009.

OIT: *La negociación colectiva en los países industrializados con economía de mercado*, Ginebra, 1974.

Rojo Torrecilla, E.: «La negociación colectiva antes y después de la Constitución. En particular, sobre los pactos de eficacia limitada de ámbito superior a la empresa», *RTL*, n.º 13/1982.

Valdés Dal-Ré, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, 1996.

— *La negociación colectiva entre tradición y renovación*, Granada, 2012.

II. Derecho de negociación colectiva laboral en la constitución

Durán López, F.: «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales», en AAVV: *Estudios del Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

González Ortega, S.: «La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Alarcón Caracuel, M. R. (coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: (1981-1991). (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1992.

Rodríguez-Piñero, M.: «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional», *RL*, n.º 7/1992.

— «Los límites constitucionales de la contratación colectiva», *RL*, n.º 8/1992.

Valdés Dal-Ré, F.: «El derecho a la negociación colectiva laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RL*, n.os 1-2/1990.

— «El modelo español de negociación colectiva», en Pérez de los Cobos Orihuel, F.; Gorlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.

III. Convenios colectivos estatutarios: régimen jurídico

AAVV: *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional*, Madrid, 1990.

Alarcón Caracuel, M. R., y Del Rey Guanter, S. (coords.): *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, 1995.

Arrufe Varela, A.: *La denuncia del convenio colectivo*, Madrid, 2000.

Baylos Grau, A.: «Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo», *RL*, n.º 1/1988.

Baylos Grau, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010». *LAL* nº 7.488/2010.

Camps Ruiz, L. M.: «Adhesión y extensión de convenios colectivos», *AL*, n.º 1/1993.

— «El contenido normativo de los convenios colectivos», en Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Gorlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.

Casas Baamonde, M. E.: «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos», *RL*, n.os 17-18/1994.

— «"Descuelgue salarial", acuerdos de empresa y conflictos de intereses» II): *RL*, n.º 5/1995.
Cruz Villalón, J.: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio tras la reforma de 2012». *RDS* nº 57/2012.
Del Rey Guanter, S.: *Negociación colectiva y paz laboral*, Madrid, 1984.
Desdentado Bonete, A.: «Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos», en AAVV: *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, 1994.
Desdentado Bonete, A., y García-Perrote Escartín, I.: «En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada en derecho español», *REDT*, n.º 4/1980.
Escudero Rodríguez, R.: «Sobre la eficacia general o limitada del convenio colectivo», *REDT*, n.º 1/1980.
— *Los sujetos de los convenios colectivos de empresa. Representantes unitarios y representaciones sindicales*, Madrid, 1985.
— *La negociación colectiva en la reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, 2012.
Fernández López, M. F.: «El alcance material de la ultraactividad de los convenios denunciados», *RL*, n.º 13/1999.
García Blasco, J.: «El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el Derecho español», *REDT*, n.º 6/1981.
García Murcia, J.: «Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos», *AL*, n.os 23-24/1988.
González Ortega, S.: «Concurrencia, sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva», *REDT*, n.º 30/1987.
López Aniorte, M. C.: *La concurrencia de convenios colectivos*, Valencia, 1999.
Martín Valverde, A.: «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo», en AAVV: *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, vol. 2.º, Madrid, 1995.
Martínez Abascal, V. A.: «La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?», *RL*, n.os 15-16/1995.
— «La vigencia del convenio colectivo estatutario (En torno al artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores)», *REDT*, n.º 100/2000.
Martínez Girón, J.: *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, Madrid, 1985.
Mercader Uguina, J.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, 1994.
Merino Segovia, A.: *La estructura legal y convencional de la negociación colectiva*, Madrid, 2000.
Morales Ortega, J. M.: *La administración del convenio colectivo*, Madrid, 1998.
Moreno de Vega y Lomo, F.: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*, Valencia, 2001.
Ojeda Avilés, A.: «La doctrina del equilibrio interno del convenio», *REDT*, n.º 31/1987.
Olarte Encabo, S.: *El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico positivo*, Madrid, 1995.
Palomeque López, M. C.: «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», *RL*, n.os 17-18-/1994.
Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Goerlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.
Quesada Segura, R., y Vila Tierno, F.: *El procedimiento de negociación del convenio colectivo. Un estudio jurisprudencial*, Granada, 2002.
Ramírez Martínez, J. M.: «El deber de negociar», en AAVV: *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid, 1994.
Rivero Lamas, J.: «La Legitimación empresarial para la negociación colectiva», en AAVV: *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, Madrid, 1992.
Rodríguez Cardo, I.: *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Valencia, 2001.
Rodríguez Crespo, M. J.: *La administración del convenio colectivo*, Madrid, 2006.
Rodríguez-Piñero, M.: «La aplicación en el tiempo del convenio colectivo», *RL*, n.º 9/1986.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Vigencia de los convenios colectivos de trabajo», en AAVV: *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, vol. 2.º, Madrid, 1995.

Román de la TorrE, M. D.: *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*, Madrid, 1999.

Román Vaca, E.: «Estructura de la negociación: novedades del artículo 83.2 ET tras las reformas de 201 y 2012». En Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I.(Coordinadores): *El nuevo derecho de la negociación colectiva*. Madrid, 2013.

Sáez Lara, C.: «Limitaciones al deber de negociar en los supuestos de cambio de unidad negocial», *RL*, n.º 1993-I.

Sala Franco, T. y Goerlich Peset, J. M.: «La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad», *REDT*, n.º 35/1988.

Santiago Redondo, K. M: *La negociación colectiva en la cumbre* (art. 83.3 ET), Valencia, 1988.

Solans Latre, M. A.: *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria*, Madrid, 2003.

Tarabini-Castellani Aznar, M.: «La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas», en Pérez de los Cobos Orihuel, F., Gorlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.

Thibault Aranda, J.: *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Valencia, 2008.

Valdés Dal-Ré, F.: «Relaciones entre norma estatal y norma colectiva: una aproximación», en AAVV: *El trabajo en la Constitución. (II Coloquio sobre Relaciones laborales)*, Zaragoza, 1982.

— «La reforma de las reglas de legitimación negocial (I, II y III)», *RL*, n.os 8, 9 y 10/1994.

Villavicencio Ríos, A.: *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Granada, 1998.

Von Potobsky, G. W.: «La negociación colectiva en la Administración Pública central y descentralizada», *REDT*, n.º 40/1989.

IV. Convenios colectivos extraestatutarios: régimen jurídico

AAVV: *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid, 2004.

Apilluelo Martín, M.: «Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurispudencia y la nueva LET de 1994», *AL*, n.º 9/1995.

Borrajo Dacruz, E.: «Los convenios colectivos extraestatutarios. (Base constitucional y casos significativos)», en Pérez de los Cobos Orihuel, F., Gorlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.

García Murcia, J.: «Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos», *AL*, n.os 23-24/1992.

García Rubio, M. A., Goerlich Peset, J. M.: «Fundamento y naturaleza dos los convenios extraestatutarios», en Pérez de los Cobos Orihuel, F., Gorlich Peset, J. M.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, 2006.

Montoya Melgar, A.: *¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?*, Madrid, 1982.

Prados de Reyes, F. J.: «Acuerdos informales de empresa: tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas», *RL*, n.º 13/1991.

Quintanilla Navarro, R.: *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid, 1998.

Sala Franco, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, 1981.

Valdés Dal-Ré, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, 1988.

CAPÍTULO 20:
NEGOCIACIÓN COLECTIVA EXTRALABORAL: FUNDAMENTOS Y REGULACIÓN

Al margen de la negociación colectiva laboral que rige en el ámbito del trabajo asalariado se regula la negociación colectiva que formalmente no puede encuadrarse en aquélla, aunque desde la óptica conceptual pertenezca a la misma en cuanto institución. De aquí que esta otra negociación colectiva pueda calificarse de extralaboral, ya que no está sometida a las normas sustantivas ni, en parte, a las procesales, que regulan la primera. Dentro de esta negociación colectiva ubicada fuera del contrato de trabajo existen, a su vez, regulaciones diferenciadas respecto de los funcionarios y de los TRADE.

I. FUNCIONARIOS

1. Fundamento

En su actual regulación, el derecho a la negociación colectiva funcionarial, que para todos los empleados públicos reconoce el artículo 31.1 EBEP, recibe un tratamiento jurídico, en lo que respecta a los funcionarios, cuyo fundamento reposa en un determinado modelo normativo, no explicitado pero deducible de dicho texto estatutario. Las principales características por las que discurre dicho modelo ilustran sobre el régimen jurídico singular del mencionado derecho.

A) Configuración legal del derecho

La actitud del legislador frente al derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se ha caracterizado tradicionalmente por un claro recelo respecto de su reconocimiento, fruto, a su vez, del rechazo secular al reconocimiento de los derechos colectivos en la función pública. Con anterioridad a la CE, ese recelo se ha plasmado en la ausencia para aquel personal de una capacidad negocial colectiva semejante a la contemplada para los trabajadores asalariados en un régimen jurídico de libertad sindical. Esa falta de reconocimiento normativo se suplirá mediante fórmulas de participación, limitadas, en términos generales, al desenvolvimiento de funciones de informe, propuesta y consulta.

Una vez en vigor la CE y a pesar de que el sistema constitucional de relaciones laborales permite poner fin a esa renuencia normativa, el TC rechazará que la Norma Fundamental dé cobertura a la

negociación colectiva de los funcionarios (STC 57/1982), descartando, a estos efectos, la aplicación de los artículos 37.1 y 28.1 CE. Conforme a esta doctrina, tal negociación carece de soporte constitucional, apareciendo por tanto como una mera opción del legislador. Como sustento de esta doctrina, el TC utiliza una serie de argumentos, que por algunos sectores de la doctrina científica se han sometido a crítica y que la posterior actuación legislativa ha venido a superar, aunque sólo parcialmente.

De ellos debe destacarse aquí el que rehúsa que la negociación colectiva de dicho personal derive de la libertad sindical. Con la referida doctrina constitucional, la posibilidad del reconocimiento legal del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios quedaba abierta para el legislador ordinario a partir de la determinación por el mismo de las peculiaridades del ejercicio derecho de sindicación de dicho colectivo, con arreglo al mandato contenido al respecto en los artículos 28.1 y 103.3 CE. Una de esas peculiaridades consistiría precisamente en la posible configuración legal del derecho a negociar colectivamente (SSTC 80/2000 y 85/2001).

Tras la aprobación de la LOLS, la Ley 9/1987 parecía admitir implícitamente que la doctrina contenida en citada sentencia en cuanto a la ausencia de fundamento constitucional de negociación funcionarial había quedado rebasada por la LOLS. La superación derivaría no de que se eliminasen las peculiaridades de tal negociación, dada la base constitucional de las mismas, sino de la delimitación del tipo de contenido de la libertad sindical que la LOLS regulaba. A este propósito dicha norma orgánica señala que se proporciona «un tratamiento unificado… al contenido esencial del derecho de libre sindicación, reconocido en la Constitución, incluyendo en su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos» (Exposición de Motivos Ley 9/1987). Esta indicación era consecuente con la propia LOLS, que incluía entre sus objetivos el de «posibilitar un desarrollo progresivo y progresista del contenido esencial del derecho de libre sindicación reconocido en la Constitución…» (Exposición de Motivos).

Sin embargo, ese entendimiento de la negociación funcionarial no prosperó en la jurisprudencia y la tesis central de la inaplicación a la misma de los artículos 37.1 y 28.1 CE seguirá en pie con su consecuencia lógica: que el derecho a dicha negociación es, en efecto, un derecho de configuración legal (SSTS 19-4-1991, 19-5-1995 y 18-10-1995).

La doctrina constitucional añadirá posteriormente una precisión al respecto, coherente con su doctrina anterior. En su virtud, se da un paso conceptual más afirmando que aquel derecho no deriva necesariamente para los funcionarios de su derecho de sindicación, sino que el mismo «se integra como contenido adicional de la libertad sindical» (STC 80/2000). Aunque no se diga expresamente, entra aquí en juego la teoría de las peculiaridades: la negociación colectiva funcionarial es una de ellas porque únicamente se integra en la libertad sindical como un contenido adicional, libremente reconocible o suprimible por el legislador ordinario.

B) Autonomía negocial colectiva restringida

Durante la vigencia de la Ley 9/1987, la jurisprudencia puso de relieve la mayor limitación de la negociación funcionarial respecto de la laboral tal como ésta se contempla en el artículo 85 ET (STS 22-10-1993). Esta afirmación sigue siendo válida una vez aprobado el EBEP porque esta norma no ha modificado sustancialmente el modelo de la referida negociación que ahora se examina. Este rasgo cuenta con distintas manifestaciones.

a) La posición constitucional de la Administración Pública, que no es un empleador privado ordinario cuya finalidad es la obtención de lucro mediante el ejercicio de una actividad económica, sino que incluso cuando actúa como tal empleador no puede dejar de lado la función que la CE le atribuye de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno no sólo a la ley, sino al Derecho (art. 103.1 CE).

b) La necesidad de garantizar la prestación de los servicios públicos que las Administraciones Públicas tienen encomendados, desemboca en una regulación por parte de la ley más extensa y minuciosa del

régimen jurídico de los funcionarios, al constituir éstos el colectivo más numeroso y estable del personal con el que la Administración ha de asegurar la atención directa de los servicios públicos.

c) La configuración del régimen jurídico funcionarial como intangible por la autonomía negocial colectiva. Este enfoque ha ido evolucionando desde el planteamiento rígido de la STC 57/1982, pero el EBEP no ha superado aún determinados condicionamientos, señaladamente en lo que afecta al contenido de los instrumentos negociales y a lo que debe entenderse como derecho necesario en el ámbito del régimen estatutario de los funcionarios. Un ejemplo de ello es el rechazo por la jurisprudencia de que en el ámbito de la negociación funcionarial pueda identificarse el principio de norma mínima (STS 22-10-1993), que, como es bien sabido, es un principio vertebrador de la negociación colectiva laboral.

C) Regulación diferenciada

La negociación funcionarial se regula de forma desgajada de la que tiene lugar en el sector privado, dado que en éste no existen las limitaciones propias que la Administración Pública tiene en el sector público. La regulación diferenciada se propicia desde la propia CE (arts. 35.1 y 103.3 CE), lo que permitió negar a la doctrina constitucional que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios surja de «la igualdad de tratamiento de los trabajadores y funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación…pues sin duda la Carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación» (STC 57/1982).

El EBEP ha superado este criterio, pero sólo en parte. Ciertamente, existen en esa norma reglas comunes para los funcionarios y el personal laboral en materia tales como el acceso al empleo público, las incompatibilidades o respecto de la posibilidad introducida por el EBEP de negociación conjunta entre ambas clases de personal, lo que evidencia que existen ciertas materias y condiciones de trabajo con un contenido y alcance semejantes.

Pese a ello, la regulación de la negociación funcionarial presenta aún diferencias notables con la laboral, situándola en un terreno específico y diferenciado de esta última. A este propósito, el EBEP es explicito al señalar que «la negociación colectiva… de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo (se refiere al Capítulo IV en el que se incluye el derecho a la negociación colectiva) que expresamente les son de aplicación» (art. 32 EBEP). Por consiguiente, la regla sigue siendo el sometimiento a la legislación laboral de los trabajadores asalariados de la Administración, aplicándoseles tan sólo el EBEP cuando así conste de modo expreso en el mencionado capítulo, constancia por lo demás inexistente.

D) Regulación excluyente

En el ámbito de la negociación funcionarial no hay espacio para utilizar otros instrumentos negociales distintos de los pactos y acuerdos colectivos (STC 85/2001). Ello contrasta con el cauce que ofrecen los convenios colectivos extraestatutarios, sin duda factible para el personal laboral, puesto que el EBEP no contiene ninguna prohibición al respecto, y sitúa aquella negociación en una posición más rígida respecto de la legitimación negocial, estrechando el abanico de posibilidades de negociación para los funcionarios y abriendo indirectamente la puerta a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración Pública.

2. Pactos y acuerdos colectivos: régimen jurídico

A) *Eficacia*

El tratamiento que el EBEP realiza de la eficacia de los pactos y acuerdos no es uniforme para ambos, ni tampoco lo es para estos últimos. A ello debe añadirse la singular eficacia que puede atribuirse a los pactos y acuerdos conjuntos del personal funcionario y laboral, novedosamente regulados en el EBEP.

a) Eficacia de los pactos colectivos

a') Eficacia vinculante

La eficacia vinculante de los pactos colectivos se refiere a la clase de vinculación o sometimiento a sus determinaciones que para sus destinatarios le atribuye la ley. Esta eficacia está hoy más claramente establecida en el EBEP a partir de su caracterización. Conforme a ella, se trata de instrumentos fruto de la negociación funcionarial que regulan materias incluidas en el ámbito de competencias del órgano administrativo que lo suscriba (art. 38.2 EBEP), sin afectar a aquellas otras materias que corresponden a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (art. 38.3 EBEP). En consecuencia, el ámbito material de los pactos viene dado por las funciones ejecutivas de carácter administrativo. Estando inicialmente caracterizados de este modo los pactos, es coherente que, a diferencia de los acuerdos, no se exija su aprobación posterior, ni se requiera su incorporación a disposición legal o reglamentaria alguna, bastando su concertación para que puedan ser aplicados de forma directa al personal del ámbito correspondiente (art. 38.2 EBEP) al margen de su afiliación o no a los sindicatos que los hayan concertado.

Esta autosuficiencia aplicativa permite afirmar que los pactos tienen una eficacia normativa directa y poseen por sí mismos los caracteres propios de toda norma jurídica (imperatividad, automaticidad, generalidad y coercibilidad). Conviene advertir que es esta aplicación directa la que les confiere eficacia normativa y no su necesaria publicación en el boletín oficial que corresponda (art. 38.6 EBEP), pues no todo acto publicado en un periódico oficial tiene necesariamente naturaleza y eficacia de norma jurídica.

Por otra parte, debe señalarse que la eficacia normativa de los pactos cuestiona el criterio judicial mencionado, que niega la aplicación del artículo 37.1 CE a la negociación colectiva funcionarial.

b') Eficacia personal

Desde la perspectiva de la eficacia personal, con la normativa anterior podían suscitarse dudas en el sentido de que la fuerza de obligar de los pactos colectivos alcanzaba tan sólo a quienes los negociaban y celebraban válidamente, así como a los sujetos afiliados a las organizaciones pactantes, pues la propia norma legal prescribía que «vincularán directamente a las partes» (art. 35 Ley 9/1987).

En este punto el EBEP mejora la anterior regulación, ya que suprime la equívoca expresión transcrita y prescribe la aplicación de los pactos «al personal del ámbito correspondiente» (art. 38.2 EBEP), lo que revela que la eficacia personal del pacto es, en cualquier caso, general y alcanza a todo el personal funcionario —y, en caso de negociación conjunta, también al personal laboral— que preste sus servicios en los centros de trabajo a los que se extienda el pacto, al margen de que los funcionarios de dicho ámbito estén o no afiliados a las organizaciones que lo hayan celebrado y siempre, claro ésta, que todas las partes legitimadas hayan sido convocadas a la negociación. Al tiempo, con esta nueva regulación, se establece la debida coherencia entre la atribución expresa de la eficacia general de los pactos y la legitimación para la negociación funcionarial atribuida a las organizaciones sindicales que cuenten mayor y suficiente representatividad conforme a la LOLS (art. 33.1 EBEP).

b) Eficacia de los acuerdos colectivos

a') Eficacia vinculante

Por lo que se refiere a los acuerdos colectivos, éstos versan «sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas» (art. 38.3 EBEP). Como ya se señaló, estas competencias suponen el ejercicio de funciones de dirección política y, por ello, la aprobación de normas con rango de ley o de reglamento. De esa identificación de los acuerdos con el ámbito competencial de dirección política de dichos órganos, el EBEP extrae una consecuencia que afecta a su eficacia ordenadora. En este sentido se establece una regla continuista con la precedente legislación, disponiendo que la validez y eficacia de estos acuerdos requiere su aprobación expresa y formal por parte de los referidos órganos, lo que, entre otras cosas, evidencia la mayor supremacía que la parte empleadora tiene en la negociación colectiva (STS 22-10-1993). De esta exigencia surge un colorario inmediato, a saber: que la eficacia jurídica que estos instrumentos negociales puedan tener —y que ahora se precisará atendiendo a su tipología— no proviene directamente del propio acuerdo, sino que deriva del acto administrativo que los aprueba. Dicho en otros términos, su eficacia está condicionada por ese acto aprobatorio. Este efecto es, a su vez, coherente con la doctrina constitucional que niega la aplicación del artículo 37.1 CE a la negociación funcionarial, ya que, si ésta se admitiera, no cabría establecer ese control aprobatorio en sede administrativa por chocar frontalmente con la fuerza vinculante de los convenios que ese precepto garantiza y manda garantizar a la ley.

Por tanto, la exigencia de aprobar los acuerdos condiciona dos elementos esenciales de los mismos. Por un lado, condiciona su validez, es decir, su ajuste al procedimiento establecido para su producción y al propio ordenamiento jurídico en el que se inserta. De este modo, la validez del acuerdo requiere la sujeción al procedimiento prescrito para celebración, la aprobación por el órgano competente y la no vulneración de ninguna norma de rango superior o de ningún principio jurídico aplicable. A este propósito debe subrayarse que se requiere la aprobación expresa por el órgano administrativo competente (no cabe pues el silencio administrativo en ninguno de sus dos sentidos) y formal, lo que implica una decisión escrita por parte de dicho órgano, que debe revestir la forma exigida en cada caso.

Por otro lado, condiciona su eficacia, esto es, la posibilidad de que, una vez que el acuerdo es válido, pueda ser efectivamente aplicado y despliegue su fuerza de obligar para los destinatarios. En este sentido, se exigen determinados requisitos:

1.º La publicación en el Boletín Oficial que corresponda conforme al ámbito territorial al que se extienda el acuerdo (art. 38.6 EBEP).

2.º La entrada en vigor del acuerdo y la fijación de su duración, extremos que corresponde determinar a las partes negociadoras, salvo en el caso de su prórroga automática anual cuando no se produzca denuncia expresa y no se haya pactado otra cosa a este respecto (art. 38.4, 11 y 12 EBEP).

3.º Que el acuerdo no haya sido suspendido por el órgano de gobierno de modo excepcional «y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas» (art. 38.10 EBEP).

4.º Que el acuerdo no haya sido anulado como consecuencia de su impugnación y en virtud de sentencia firme.

La mencionada regla exigiendo la aprobación expresa y formal de los acuerdos es común a los dos subtipos de acuerdos que el EBEP permite identificar en función de que los mismos contemplen materias no sujetas a reserva de ley o, por el contrario, versen sobre tales materias. Pero, a partir de esa regla compartida, la regulación de estos subtipos difiere en punto a su eficacia vinculante.

a) Acuerdos sobre materias no sujetas a la reserva de ley. A este primer subtipo se adscriben los acuerdos que «afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno», en cuyo caso «el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que, a efectos formales, se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente» (art. 38.3 EBEP).

No obstante, debe distinguirse la eficacia de estos acuerdos en las dos fases del procedimiento negocial: una primera fase desde que se celebran hasta que se aprueban y una segunda a partir del momento en el que son aprobados.

En la primera fase, una vez que los acuerdos se celebran y hasta tanto no son aprobados, los acuerdos carecen de eficacia normativa, ya que la resolución aprobatoria no es un acto de trámite, sino definitivo en el sentido de poner fin al procedimiento especial de negociación funcionarial y en cuanto tal cumple funciones de control de legalidad y de oportunidad. Ello impide que este subtipo de acuerdos tenga eficacia normativa directa antes de ser aprobados por el órgano de gobierno competente.

En la segunda fase, una vez aprobados, la eficacia normativa de estos acuerdos es, en principio, plena, dado que su contenido puede aplicarse directamente al personal incluido en su ámbito de aplicación como se ha visto. Ahora bien, es posible que ese contenido precise, «a efectos formales» (art. 38.3 EBEP), de la modificación o derogación de normas reglamentarias, en todo o en parte de su contenido regulador de condiciones de trabajo. La mención legal a los efectos formales debe entenderse en el sentido de que el acuerdo alcanzado es plenamente válido, pero que su eficacia normativa, en todo o en parte, queda aplazada hasta que se produzca esta actuación reglamentaria modificatoria o derogatoria. Pese a ello, el acuerdo no puede considerarse tampoco como una mera transacción de hecho, sino que posee una eficacia obligacional interna derivada de su aprobación por el órgano competente, que no puede desconocer la obligación legal contraída mediante la misma (art. 38.3 EBEP). Las modificaciones o derogaciones reglamentarias deben realizarse con respeto escrupuloso al contenido del acuerdo que ya ha superado el control de legalidad y de oportunidad, puesto que la actuación normativa reglamentaria sólo se exige «a efectos formales» como acaba de señalarse. Si el órgano competente rehusara realizar esa actuación normativa o lo hiciera contraviniendo el contenido del acuerdo, incumpliría dicha obligación legal acarreando ello la nulidad de la norma reglamentaria (art. 62.2 LRJPAC).

b) Acuerdos sobre materias sometidas a reserva de Ley. El anterior planteamiento varia notablemente cuando se trata de los acuerdos sobre materias sometidas a reserva de Ley. En este supuesto, la necesaria intervención del órgano legislativo impide de todo punto la eficacia normativa del acuerdo. La plena soberanía de dicho órgano para el ejercicio de la potestad legislativa en representación del pueblo español (arts. 1.1 y 66.1 y 2 CE) se traduce en la incontestable prevalencia de la ley sobre los productos derivados de la negociación colectiva, conforme al principio constitucional de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), ya se trate de convenios colectivos (SSTC 210/1990, de 20 de diciembre y 62/2001, de 1 de marzo), ya de pactos o acuerdos en el ámbito de la negociación funcionarial (SSTS 11-4-2001 y 21-3-2002). Igual sometimiento debe observar el acuerdo respecto de las leyes autonómicas en materia de función pública.

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que este acuerdo prelegislativo carezca de todo tipo de eficacia. El EBEP ha clarificado también esta importante cuestión al señalar que el contenido de los acuerdos ratificados que versen sobre materias sometidas a reserva de ley «carecerá de eficacia directa» (art. 38.3.2.º). No es dudoso que, por lo anteriormente señalado, esta expresión se refiere a la carencia de eficacia normativa de los acuerdos. Y tampoco pueden abrigarse dudas de que, en sentido contrario, tales acuerdos poseen una eficacia obligatoria indirecta o interna. El sentido de esta eficacia queda explicitado en el referido precepto estatutario. Con arreglo al mismo, se establece dicha eficacia obligatoria indirecta o interna del acuerdo, en un triple ámbito. En un ámbito procedimental, puesto que el órgano de gobierno que tenga atribuida la iniciativa legislativa «procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto del Ley». Pero, con mayor intensidad aún, dicha eficacia opera asimismo en los ámbitos material y en el temporal, ya que esa actuación, también prelegislativa, ha de realizarse «conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiese acordado» (art. 38.3.2.º EBEP). Cabe no obstante, que por razones de legalidad, el acuerdo no se incorpore al Proyecto de Ley, porque algunas de sus cláusulas contemplen reglas que contravengan el ordenamiento vigente (por ejemplo, condicionado las posibilidades de libre sindicación a otros sindicatos no legitimados para negociar el acuerdo o limitando específicamente su derecho de reu-

nión en los centros de trabajo). En este caso, la eficacia obligacional del acuerdo decae y el EBEP arbitra la posibilidad renegociar el acuerdo (art. 38.3 EBEP).

b') Eficacia personal

a) Acuerdos sobre materias no sujetas la reserva de Ley. Estos acuerdos disponen de eficacia personal general, lo que significa que alcanzan a todo el personal funcionario —y, en caso de negociación conjunta, también al personal laboral— que preste sus servicios en los centros de trabajo a los que se extienda el pacto, al margen de que los funcionarios de dicho ámbito estén o no afiliados a las organizaciones que lo hayan celebrado y siempre, claro ésta, que todas las partes legitimadas en representación de los funcionarios hayan sido convocadas a la negociación y posean la correspondiente legitimación.

No obstante, y a diferencia de los pactos, la eficacia personal de estos acuerdos queda aplazada cuando, en todo o en parte, los mismos exijan la elaboración de norma o normas reglamentarias. Son estas normas las que permiten que la eficacia personal general del acuerdo sea realmente operativa. Repárese a este respecto que no podría invocarse la aplicación del acuerdo por parte de los funcionarios incluidos en su ámbito personal de aplicación hasta tanto el mismo no fuese incorporado a la correspondiente disposición reglamentaria —al margen de la posible impugnación frente a la inactividad del órgano competente para elaborar el reglamento—, lo que evidencia la imposibilidad de aplicarlo hasta que dicha norma comience a regir.

b) Acuerdos sobre materias sometidas a reserva de Ley. En este caso, la eficacia personal general del acuerdo proviene directamente de la norma legal y en ningún caso del acuerdo, que tan sólo posee la mencionada eficacia obligacional indirecta o interna. Por ello no puede entenderse que la ley convalida esta eficacia del acuerdo por otra de carácter normativo. Entre otras cosas, porque en el trámite parlamentario el contenido del Proyecto de Ley puede verse alterado.

c) Eficacia de los pactos y acuerdos conjuntos

En la eficacia diferenciada de los pactos y acuerdos incide asimismo su ámbito personal de aplicación. Con anterioridad al EBEP y conforme a la doctrina judicial vigente a la sazón, se rechazaba la posibilidad de negociar y celebrar pactos y acuerdos colectivos que incluyan conjuntamente a trabajadores y funcionarios (STS 22-10-1993). El EBEP cancela ese tratamiento, que provocaba distintos problemas —tanto de eficacia en la gestión del personal, como de tratamiento no igualitario—, contemplando dos vías para su celebración.

a') Una primera tiene carácter voluntario y se recoge en el artículo 38.8 EBPE, en relación con «Los pactos y acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales comunes al personal funcionario y laboral». La voluntariedad de esta vía deriva del margen de apreciación del que las partes disponen para determinar en cada negociación si tales materias y condiciones generales son comunes o no para ambas clases de personal e incluso el volumen de coincidencia suficiente para abordar la negociación conjunta.

En el caso de que tales pactos y acuerdos se celebren, el artículo 38.8 EBEP, disociando materialmente los que desde el prisma formal se han unificado por la norma, dispone que tales instrumentos «tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral».

b') La segunda vía se configura con carácter obligatorio en el artículo 36.2.2.º EBEP. En su virtud, debe ser objeto de negociación específica en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal de las mismas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

B) Unidades de negociación y partes legitimadas

En la negociación colectiva funcionarial las unidades de negociación y las partes legitimadas para negociar presentan unas características que las distinguen de las previstas para el personal laboral, lo que es coherente con el distinto régimen jurídico aplicable a ambas clases de personal.

a) Diferenciación terminológica

Las unidades negociales se articulan en torno a las Mesas de Negociación, a fin de adaptar la negociación funcionarial a la específica estructura organizativa de las Administraciones Públicas, dado que ésta no puede acomodarse a la distinción binaria entre ámbito de empresa o inferior y ámbito supraempresarial que rige en el sector privado.

b) Exclusividad sindical negociadora

A diferencia del sector privado, en la negociación funcionarial la legitimación para negociar en representación de los funcionarios sólo se reconoce a las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, a las más representativas de Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución. Por parte del empleador público, la legitimación se confiere a los representantes de la Administración Pública correspondiente (art. 33.1 EBEP), que está ya prefijada en la legislación administrativa.

c) Vinculación entre unidades de negociación y competencias negociales

En el ámbito de la función pública, las competencias atribuidas a los órganos administrativos se ejercen en un determinado ámbito territorial. Este criterio se refleja en la negociación funcionarial, asignando a las Mesas de Negociación las materias negociables de acuerdo con las competencias que a cada una le están legalmente atribuidas, aunque, como ahora se verá, este criterio tiene alguna matización en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, dado que en la misma participan distintas Administraciones territoriales.

d) Criterio mixto en la determinación de las unidades

a') Por una parte, se utiliza un criterio heterónomo para dicha determinación, fijándose legalmente y de forma tasada determinadas unidades de negociación en distintos niveles:

a") Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (art. 36.1 y 2 EBEP). Está presidida por la Administración General del Estado y compuesta por representantes de las CCAA, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar.

Son materias objeto de negociación en esta Mesa las contempladas en el EBEP (art. 37) que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las CCAA en su correspondiente ámbito territorial con arreglo a sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública. De modo específico, es objeto de negociación en dicha Mesa el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

b") Mesa General de Negociación en cada Administración Pública, esto es, en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las CCAA, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales (art. 34.3 EBEP).

Para facilitar la negociación colectiva en los pequeños municipios, se reconoce la legitimación negocial a las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal. A tales efectos, los municipios pueden adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente. De igual manera, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o en un ámbito supramunicipal.

Las competencias propias de estas Mesas Generales se circunscriben a la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de sus respectivos ámbitos.

c") Mesas Generales de negociación para materias comunes. Se ha de constituir una Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales, con la finalidad de negociar todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada una de dichas Administraciones Públicas.

A estas Mesas Generales se les aplican los mismos criterios establecidos para la representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, si bien han de tenerse en cuenta en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Junto a ellas, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hayan obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate (art. 36.3 EBEP).

d") Sin perjuicio de la facultad atribuida a las Mesas Generales de Negociación, como ahora se verá, la ley cuenta con una habilitación tácita para crear Mesas Sectoriales de Negociación en ámbitos específicos del personal funcionario o estatutario con objeto de la negociar sus condiciones de trabajo. El artículo 5, dos, RDL-MORSO introduce al respecto una nueva disp. adic. decimotercera en el EBEP estableciendo las siguientes Mesas Sectoriales de Negociación:

- Del personal docente no universitario, para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito competencial del Ministerio competente en la materia.
- Del personal de la Administración de Justicia, para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia.
- Del personal estatutario de los servicios de Salud, para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito competencial del Ministerio competente en la materia y que asumirá las competencias y funciones previstas en el artículo 11.4 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. La norma señala que esta Mesa se denominará "Ámbito de Negociación", lo que resulta técnicamente inadecuado ya que identifica de forma indebida el ente que tiene atribuida la legitimación negocial, la Mesa Sectorial, con el "Ámbito de Negociación" sobre el que tal legitimación actúa; ámbito que, por otra parte, no es uno solo sino varios de orden personal, funcional, territorial y temporal.

b') Por otro lado, se acude a un criterio autónomo a fin de establecer ciertas unidades negociales:

a") Mesas Sectoriales de Negociación. Cada Mesa General de Negociación está facultada, previa la adopción del correspondiente acuerdo, para constituir Mesas Sectoriales en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número (por ejemplo, en el sector sanitario o en el educativo). Estas Mesas tienen competencia para negociar sobre «los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta explícitamente les reenvíe o delegue» (art. 34.4 y 5 EBEP).

b") Secciones Sindicales. Aunque dicha unidad negocial no aparece de forma expresa en el EBEP, el derecho a la negociación colectiva de las Secciones Sindicales reconocido en el artículo 8.2.b) LOLS no puede quedar desplazado por la referida norma estatutaria. La articulación de la referida unidad de negociación puede producirse de dos modos válidos. Bien cuando el ámbito de actuación de la Sección o Secciones Sindicales (centro de trabajo o unidad administrativa) coincida con el ámbito de una Mesa de Negociación (por ejemplo, Mesa General de un pequeño Ayuntamiento). O bien cuando, en virtud de decisión adoptada por la Mesa General del correspondiente ámbito territorial (estatal, autonómico o local), se constituyan Mesas sectoriales cuyo ámbito de actuación negocial coincida con el de la Sección o Secciones Sindicales.

e) Constitución de las Mesas Generales y Sectoriales de Negociación

La válida constitución de dichas Mesas, excepuando a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, se produce cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, las organizaciones sindicales legitimadas para participar en ellas en proporción a su representatividad, representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos de representación unitaria en el ámbito de que se trate (art. 35.1, 3 y 4 EBEP). La designación de los componentes de las Mesas corresponde a las partes negociadoras. En las normas autonómicas de desarrollo del EBEP ha de establecerse la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros.

f) Fijación autónoma de la estructura negocial

En sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, los pactos y acuerdos pueden establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras (art. 38.9 EBEP).

C) *Procedimiento de negociación*

a) Inicio y desarrollo

El proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que de común acuerdo fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical. A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan. La ausencia de dichas causas revela la existencia de un deber de negociar implícito para la parte que pueda negarse a adoptar el citado acuerdo, lo que implica la posibilidad acudir a la tutela judicial (orden contencioso-administrativo), tanto si existe esa negativa injustificada, como si con posterioridad se advierte incumplimiento del mencionado deber en la fase negocial (por ejemplo, aparición de documentos ya existentes durante la misma pero que una de las partes oculta). Abierto el proceso de negociación, el principio de buna fe tiene especial aplicación en el desarrollo de la fase de negociación, disponiéndose expresamente la obligación de ambas partes de negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación (art. 34.6 y 7 EBEP).

b) Falta de acuerdo y renegociación

Cuando un acuerdo no sea ratificado o exista una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, debe iniciarse la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicita al menos la mayoría de una de las partes (art. 38.3 EBEP).

Para el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos (art. 45.2 EBEP), se atribuye a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas la potestad de establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones relativas a la prórroga automática del instrumento negocial y a la vigencia de determinados contenidos del mismo (art. 38.7 EBEP).

c) Publicación del instrumento negocial

Los pactos celebrados y los acuerdos, una vez ratificados, deben remitirse a la Oficina Pública que cada Administración competente determine. La autoridad pública que los reciba debe ordenar su publicación en el boletín oficial que corresponda atendiendo al ámbito territorial en el que se aplique el instrumento negocial (art. 38.6 EBEP).

D) Contenido

a) Principios de la negociación con incidencia en el contenido negocial

De forma novedosa respecto de la Ley 9/1987, el EBEP somete a la negociación funcionarial a ciertos principios aplicativos de esta clase de negociación (art. 33.1). Tales principios parecen estar configurados formalmente en exclusiva para «La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios», según el citado artículo 33.1 EBEP, pero en su mayoría afectan también al personal laboral, como la jurisprudencia ha señalado. Le afectan cuando se negocian convenios colectivos con la Administración Pública porque o bien se contemplan en el ordenamiento constitucional (por ejemplo, en el art. 103.1 CE, el principio de legalidad) o bien aparecen incorporados al ET (por ejemplo, la obligatoridad de la negociación). Y también le atañen, desde luego, cuando se trata de pactos y acuerdos comunes al personal funcionario y al personal laboral.

a') Principio de legalidad

Sobre el incuestionable fundamento de que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), el principio de legalidad supone que el ejercicio del derecho de negociación funcionarial ha de ajustarse al contenido del EBEP y a las leyes que lo desarrollen (art. 31.7 EBEP), así como a las normas reglamentarias que, a su vez, desarrollen dichas las leyes (art. 88.1 LRJPAC). De esta manera, el pacto o el acuerdo que vulneren estas normas carecen de validez (SSTS 21-3-2002 y 28-7-2006).

Ninguna objeción puede hacerse a este principio. Las dificultades surgen en torno a lo que deba considerarse como derecho necesario relativo y a la negativa jurisprudencial a considerar que en la negociación colectiva de los funcionarios actúa el principio de norma mínima. No obstante, la regulación del EBEP en este extremo evidencia que ese criterio jurisprudencial está en parte superado, ya que los pactos y acuerdos pueden establecer, en la medida en que la ley lo determine, relaciones jurídicas de suplementariedad y complementariedad con la norma legal, amén de las relaciones de supletoriedad que la propia ley establezca respecto de dichos instrumentos negociales. Técnicamente esto es innegable y el propio EBEP lo confirma cuando abre espacios reguladores sobre la base de mínimos legales. Por ejemplo en materia de vacaciones retribuidas que el artículo 50 EBEP establece en un mínimo de veintidós días naturales o de permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral respecto de los que se establecen condiciones mínimas en el artículo 49 EBEP, o los topes máximos de las retribuciones que han de figurar

en la Ley de Presupuestos Generales del Estado —y correspondientes leyes autonómicas— conforme al artículo 21.2 EBEP y que permite su negociación dentro de ese límite.

Cuestión distinta es la determinación por el legislador de los instrumentos que han de ocupar ese espacio, si ha de ser la norma reglamentaria o los pactos o acuerdos, así como la intensidad con la que pueden ocuparlo a través de las mencionadas relaciones.

b') Principio de cobertura presupuestaria

Se trata de una especificación del principio de legalidad en esta materia, dado que las competencias para el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, previamente elaborados por el Gobierno, corresponde a las Cortes Generales (art. 134.1 CE). Ello supone que los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal (la norma no distingue, de modo que se aplica al personal funcionario y al laboral), son irrebasables para los acuerdos de incrementos retributivos que globalmente supongan, a su vez, un aumento de la masa salarial que supere dichos límites (art. 21.2 EBEP), regla que también tiene su reflejo en la normativa de las CCAA y de las Entidades Locales. Como ahora se verá, este principio afecta directamente a algunas materias objeto negociación.

c') Principio de obligatoriedad de la negociación

Este principio se concreta tanto en el artículo 37.1 EBEP, que determina las materias que «Serán objeto de negociación», como en el artículo 2.2.d) LOLS que atribuye a las organizaciones sindicales, dentro del contenido esencial de la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, lo que implica el deber de negociar de la Administración Pública. Para ambos casos, el EBEP establece la obligación de negociar respecto de las materias establecidas en los artículos 37.1 (relación general) y 36.2.2.º, que se refiere a la especificación del incremento global de las retribuciones el personal de las AAPP que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

No se establece, sin embargo, en el EBEP ninguna regla sobre las causas que pueden provocar la negativa a negociar, a semejanza de lo que sucede en la negociación de los convenios colectivos. Ello se debe a la articulación expresa para la negociación funcionarial de ciertas reglas que buscan una mayor eficacia que las contempladas al respecto en el ET a fin de garantizar la obligatoriedad de la negociación. Una primera regla reposa sobre la autonomía colectiva, preceptuando la apertura del proceso de negociación en cada Mesa «en la fecha en que de común acuerdo fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical» (art. 34.6, primera cláusula EBEP). La segunda regla previene la falta de acuerdo a fin de evitar que se alargue de forma indefinida el inicio del proceso negocial, combinando imperatividad y autonomía colectiva. En este supuesto, este inicio ha de realizarse «en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan» (art. 34.6, segunda cláusula EBEP). La salvedad es coherente porque la referida promoción del proceso negocial no puede desconocer que tanto la ley como los propios pactos o acuerdos pueden regular causas impeditivas de aquel comienzo. Piénsese, a modo de ejemplo, que la falta de legitimación negocial de uno o varios sindicatos constituiría causa legal justificada que exceptuaría la obligación de negociar (art. 33.1.2.º EBEP). Igual sucedería, por ejemplo, si el pacto o el acuerdo estuviera aún vigente como consecuencia de lo establecido al respecto por las partes en alguno de dichos instrumentos (art. 38.12 EBEP).

Con posterioridad al inicio del proceso de negociación, pueden, no obstante, surgir discrepancias en determinadas materias, no sobre la posibilidad misma de su negociación ya admitida sino sobre el alcance que esa concreta negociación puede tener. Especialmente proclives a estas divergencias son aquellas materias relativas a las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y repercutan sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios objeto de

negociación [art. 37.2.a) EBEP], dada la dificultad de trazar aquí las fronteras de lo negociable. Estas discrepancias no pueden considerarse estrictamente como incumplimiento de la obligación de negociar, sino como contraposición de criterios, para cuya adecuada solución puede acudirse a los sistemas de solución extrajudicial de los conflictos colectivos que el EBEP previene en el artículo 45.2 para estos supuestos de conflictos de reglamentación.

d') Principio de buena fe negocial

El EBEP establece por vez primera en el plano de la legalidad ordinaria y como derivación de dicho principio (art. 33.1), la obligación que a ambas parte concierne de negociar bajo el principio de buena fe, que ejemplifica señalando la consiguiente obligación de proporcionarse la documentación precisa y relativa a la negociación (art. 34.7 EBEP).

b) Contenido negocial: alcance

El mayor condicionamiento de la negociación funcionarial se expresa también en el terreno de las materias negociables, que son objeto de mayor especificación que en la negociación del sector privado. A este propósito, puede trazarse aquí la clásica distinción entre contenido normativo, contenido obligacional y contenido delimitador de los pactos y acuerdos, clasificación que se desprende de la regulación que sobre el contenido de dichos instrumentos realiza el EBEP, aunque su alcance no sea el mismo para todos ellos en contraste con la negociación colectiva en el sector privado.

a') Contenido normativo

En esta clase de contenido en el EBEP, al que esta norma se refiere en distintos preceptos (arts. 34.3, 36.3, 37 y 38.1), se lleva a cabo una reordenación y determinación de las materias que lo integraban en la anterior regulación. Esta actuación normativa ordenadora y calificadora presenta determinadas características.

a") Ampliación de las materias negociables. En primer lugar, se amplía el catálogo de materias de obligada negociación. Se pretende así clarificar el proceso negociador y proporcionar más seguridad al propio contenido negocial ante las dudas que suscitaba con anterioridad la inclusión o no de ciertas materias.

Esta ampliación obedece en ocasiones a la incorporación de nuevas materias en el EBEP. Por ejemplo, la materia de evalualución del desempeño [art. 37.1.d) EBEP] o las materias incluidas dentro del tiempo de trabajo, tales como horarios, jornada, vacaciones [art. 37.1.m) EBEP]. Pero en otros supuestos la ampliación, al margen de que se trate o no de una nueva incorporación, tiene un alto componente formal, ya que el EBEP introduce en seis de los catorce grupos de materias negociables el concepto jurídico indeterminado de «criterios generales» como ámbito material de lo negociable. La utilización de este concepto, que se utilizó por la jurisprudencia anterior al EBEP, puede ser un lastre para la negociación, dada su elasticidad pese a los intentos delimitadores de la jurisprudencia. Por ejemplo, con la precedente legislación eran objeto de negociación «La clasificación de los puestos de trabajo» [art. 32.d) LRDP] y «Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos» [art. 32.g) LRDP]. Ahora se amplía este ámbito material pero sobre un contenido más genérico, incluyendo entre las materias objeto de negociación «Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos» [art. 37.1.c) EBEP].

La jurisprudencia anterior al EBEP no facilitó un concepto de criterios generales válido para todas las materias, sino que lo hizo ad casum, de forma pormenorizada para cada materia o grupos de materias. Como rasgo común a todas ellas puede decirse que mediante la utilización de dicho concepto se pretende dejar fuera de la negociación aspectos o cuestiones concretas de una materia por distintas razones. Por

tanto, este concepto tiene una función limitadora del contenido de la negociación funcionarial, por lo que la ampliación de materias que lleva a cabo el artículo 37.1 EBEP se ve contrarrestada por esta limitación.

b") Alcance diverso de los ámbitos materiales de negociación. Por lo que acaba de decirse respecto al concepto de los criterios generales, no todas las materias negociables lo son con el mismo alcance. A ello se refiere expresamente el artículo 37.1.1.º EBEP señalando a este respecto que lo serán («con el alcance que legalmente proceda en cada caso»).

Desde el ángulo de su contenido, el alcance de las materias negociables en el EBEP se traduce en la distinta intensidad con las que puede realizarse su negociación, es decir, el diverso grado de concreción que puede alcanzar la negociación de una materia. Esta variable del contenido objeto de negociación no siempre está correctamente delimitada en el EBEP, ya que existen algunas deficiencias técnicas que precisan ser corregidas mediante las pautas de interpretación que brinda el ordenamiento. Esta variable de la intensidad opera en los dos bloques de materias en que pueden clasificarse los pactos y acuerdos atendiendo a su eficacia, lo que, en cierta medida, incide en el alance o extensión de las materias negociables: materias de negociación prenormativa y las materias de negociación directa, cuyo abordaje negocial depende de la necesaria incorporación o no de las materias negociadas a una norma posterior.

c") Materias excluidas de la negociación. El EBEP contempla en su artículo 37.2 un número superior de materias excluidas de la negociación en contraste con su precedente, el artículo 34 de la Ley 9/1987. Esta exclusión encuentra justificación objetiva en los supuestos relativos a la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas y a la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo.

Sin embargo, la exclusión plantea problemas de deslinde en otros dos supuestos:

1.º El primero de ellos alude a las potestades organizativas de las Administraciones Públicas cuando afectan a las condiciones de trabajo de los funcionarios [art. 37.2.a) EBEP y art. 103.1 CE]. La supresión en el EBEP del derecho de consulta cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afectaran a sus potestades de organización repercutieran sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios contempladas en el artículo 37.1 EBEP, ha ido acompañada del reconocimiento de la obligación de negociar dichas condiciones de trabajo en tal supuesto [art. 37.2.a) EBEP]. Pese a la positiva ampliación de la materia negociable en este supuesto, no dejan de plantearse problemas de deslinde entre esta potestad organizativa de las Administraciones Públicas y la obligación de negociar las condiciones de trabajo cuando los efectos de la primera incidan sobre las segundas. La cuestión clave estriba en determinar, en primer lugar, que debe entenderse por condiciones de trabajo a estos efectos y después delimitar en qué casos se produce esa repercusión (STS 6-2-2007).

2.º Un segundo supuesto se refiere a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica [art. 37.2.d) EBEP]. Dichos poderes pueden vincularse a materias que no figuran en el EBEP como negociables (por ejemplo, situaciones administrativas, o régimen disciplinario), pero también se relacionan con otras que figuran expresamente en dicho cuerpo normativo como objeto de negociación (por ejemplo, movilidad funcional o geográfica).

b') Contenido obligacional

Ninguna regla directa del EBEP ha venido a sustituir a la materia considerada por la legislación anterior como objeto de negociación y referida «al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración» [art. 32.k) Ley 9/1987], esto es, al contenido obligacional de los pactos y acuerdos. No obstante, de este silencio no debe deducirse la imposibilidad de que tal contenido pueda acordarse atendiendo a la finalidad propia de las cláusulas que lo integran, cual es la de asegurar la eficacia de dichos instrumentos negociales mediante la atribución de derechos y obligaciones

a las partes contratantes. El propio EBEP suministra algunos supuestos en los que pueden apreciarse distintos tipos de cláusulas obligacionales.

Así, respecto de las cláusulas de organización de la actividad sindical, en las que puede incluirse la facultad que se reconoce novedosamente en el EBEP, ya mencionada, a fin de que en los pactos y acuerdos pueda establecerse la estructura de la negociación colectiva, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito, y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras (art. 38.9 EBEP).

Así también en relación con las cláusulas de administración o gestión de lo acordado, en cuyo ámbito el EBEP establece dos reglas. Una primera preceptúa la obligada creación de comisiones paritarias de seguimiento de los pactos y acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen (art. 38.5 EBEP). Entre estas funciones gestoras pueden incluirse la asignación de las relativas a la solución de los conflictos colectivos derivados de la interpretación de los pactos y acuerdos (art. 45.2 EBEP). Una segunda regla tiene carácter facultativo y permite a las Administraciones Públicas y a los sindicatos legitimados para negociar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudiciales de conflictos colectivos derivados de la aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos (art. 45.1 EBEP).

Por otra parte, el incumplimiento de las cláusulas obligacionales no lleva aparejada sanción administrativa alguna, por lo que debe seguirse la vía judicial para lograr su cumplimiento y, en su caso, reparación de los daños y perjuicios que de su contravención puedan derivarse.

c') Contenido delimitador

Como se sabe, este contenido esta integrado por aquellas cláusulas de necesario encuadramiento de los pactos y acuerdos, sin las cuales su existencia es inviable. A ellas se refiere el EBEP cuando exige que dichos instrumentos determinen las partes que los conciertan, los ámbitos personal, funcional, territorial y temporal, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos (art. 38.4). La determinación de las partes negociadoras viene condicionada por las reglas de legitimación, que al tener un elevado grado de imperatividad no deja margen a la autonomía de las partes. Mayor libertad existe, sin embargo, para la determinación de los ámbitos personal y temporal, teniendo en cuenta que las posibles exclusiones del ámbito temporal han de ser objetivas y razonables, lo que supone el rechazo de cualquier tipo de discriminación a este respecto.

E) Vigencia y aplicación

a) Vigencia

a') Prórroga automática. De no existir acuerdo en contrario, los pactos y acuerdos se prorrogan automáticamente de año en año, a no ser que medie denuncia expresa de una las partes (art. 38.11 EBEP).

Tras la denuncia expresa del instrumento negocial y una vez que concluya la duración pactada, la vigencia de su contenido se producirá en los términos que se hubiesen establecido (art. 38.12 EBEP). La inexistencia de norma supletoria que disponga la vigencia del instrumento para el supuesto de que las partes no hayan adoptado acuerdo alguno al respecto (al modo en que se prevé para los convenios colectivos), exige de éstas una especial diligencia y voluntad de acuerdo a fin de obtener un pacto sobre aquella vigencia.

b') Sucesión de instrumentos negociales. Los que sucedan a otros anteriores anteriores los derogan en su integridad, salvo los aspectos que expresamente se acuerde mantener (art. 38.12 EBEP). No obstante y conforme ha señalado la doctrina constitucional para los convenios colectivos pero con criterio aplicable aquí, el principio de modernidad cuenta con el límite de indisponibilidad por el pacto o acuerdo

posteriores de los derechos fundamentales de carácter individual reconocidos y consumados bajo la vigencia de los anteriores (SSTC 42/1986 y 97/1990).

c') Suspensión o modificación del convenio. Peculiaridad de la negociación de los empleados públicos (personal funcionario y laboral, aunque para este último sólo es aplicable cuando se trate de pactos o acuerdos conjuntos) es, como ya se señaló en su momento, el supuesto excepcional de suspensión o modificación por parte de los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas del cumplimiento de los pactos y acuerdos firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público y con fundamento en causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. Cuando este supuesto se produzca, las Administraciones Públicas deben informar a las organizaciones sindicales de las causas motivadoras de la suspensión (art. 38.10 EBEP). A pesar del carácter excepcional de la medida y de la honda repercusión que la misma puede tener en el personal al que se aplique dichos instrumentos negociales, la norma no establece garantías básicas para el control de la decisión administrativa, tales como la comunicación escrita o su motivación expresa, sin que tampoco se prevea la posibilidad de renegociar el pacto o el acuerdo para acomodarlo a las circunstancias sobrevenidas.

b) Aplicación

Las controversias que se susciten en la negociación, aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos colectivos, ya sean exclusivos de los funcionarios, ya sean conjuntos con el personal laboral al servicio de la Administración Pública, pueden resolverse a través de dos cauces. De un lado, por la vía de los medios extrajudiciales de solución de CCT con intervención privada de carácter voluntario, ya estudiados en su momento y que aquí se dan por reproducidos [Capítulo 17, III, 3, A)]. De otro, por el cauce de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras haber agotado la vía administrativa previa [Capítulo 17, III, 3, C)], cuando se trate de los actos administrativos de aprobación, aplicación e interpretación de dichos instrumentos negociales o de las normas y disposiciones que los recojan formalmente [arts. 3.e) LJS y 1, 25 y 26 LRJCA].

II. TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

1. Fundamento

Desde el ángulo jurídico, el TRADE ha ocupado tradicionalmente una posición desventajosa en relación con el trabajador asalariado, en todos los ámbitos de su actividad profesional (condiciones de trabajo, protección social, defensa y tutela, extrajudicial y judicial, de sus derechos e intereses legítimos). Consciente de ello, el propio Preámbulo de la LETA procura anclar al máximo nivel del ordenamiento interno, esto es, en la CE, los fundamentos jurídicos de la regulación de esta clase de trabajo. Consecuente con ese propósito, se invocan los artículos 35.1, 38, 40.2 y 41 del Código Fundamental, considerándolos, con razón, aplicables al conjuto de trabajadores autónomos. Pero este anclaje constitucional se revela notoriamente incompleto, ya que el Preámbulo de la norma omite toda mención a otros preceptos constitucionales que también son susceptibles de aplicación a este tipo de trabajo. Tal es el caso, entre otros, del artículo 37.1 CE. Aunque dicho Preámbulo no lo menciona expresamente, sí muestra con suficiente claridad que maneja un criterio excluyente del citado precepto al afirmar que «el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional… no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de la existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, puesto que sólo vincula a los firmanes del acuerdo» (Preámbulo, III).

Ciertamente, el ámbito de aplicación subjetivo de dicho precepto ha venido referido en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina científica al trabajo asalariado. Esa referencia constitucional no pue-

de tomarse, sin embargo, como un criterio demarcador pleno dado que los litigios de que ha conocido ese tribunal al respecto han pivotado básicamente sobre la negociación colectiva aplicable al trabajo asalariado o al personal sujeto a una relación de empleo público. De ahí que en esa jurisprudencia no se encuentre una exclusión expresa del derecho contemplado en el artículo 37.1 CE respecto del trabajador autónomo.

La interpretación literal y finalista del derecho a la negociación colectiva ofrece, también aquí, sólidos argumentos para afirmar la improcedente inaplicación a los trabajadores autónomos del artículo 37.1 CE. De un lado, porque el término trabajadores que utiliza este precepto acoge también a los autónomos en cuanto ese sustantivo es trasunto de un concepto material de trabajador y no jurídico-formal, como lo evidencia su admisión por la CE en otros pasajes de la misma para los funcionarios. Baste recordar, a guisa de ejemplo, que el artículo 7 CE comprende a los funcionarios en la expresión «sindicatos de trabajadores», como ya se infería de una interpretación sistemática de dicho precepto con el artículo 28.1 CE y resulta hoy palmario a la luz del artículo 1.2 LOLS. De otro, habida cuenta de la sólida doctrina del TC, antes evocada, inclusiva del derecho de negociación colectiva en el contenido esencial de la libertad sindical. Siendo esto así, la privación de aquel derecho constitucional a los representantes de los trabajadores autónomos exigiría algo más que la mera afirmación preambular de la LETA negando el traslado del derecho en cuestión a este colectivo e incorporando para el TRADE un instrumento negocial específico, los acuerdos de interés profesional, que, en inmejorable petición de principio y eludiendo el término de convenio colectivo, viene a confirmar la injustificada negación inicial. Exigiría, claro es, el aporte de argumentos de fuste constitucional que pudieran fundar una ablación de esa naturaleza.

La mención en ese precepto a los empresarios no debe entenderse, por lo demás, como concluyente para apartar al trabajador autónomo del derecho de negociación colectiva. Si se ha admitido que la CE utiliza con frecuencia el término trabajadores en un sentido material y no jurídico-formal (arts. 7, 28 y 37.1), resulta coherente con ello que, al referirse a los empresarios en el artículo 37.1, tampoco emplee en todo caso este vocablo en su acepción técnica y estricta de parte de un contrato de trabajo, siendo razonable entender que en dicho precepto la noción de empresario comprende también al sujeto de otros tipos de contratos (civiles, mercantiles o administrativos) que, manteniendo su condición empresarial en cuanto titular de una organización productiva, posea, a un tiempo, la de cliente para el que el trabajador autónomo desempeña su actividad económica o profesional.

Por lo demás, debe recordarse que el adjetivo laboral que califica el derecho a la negociación colectiva en el artículo 37.1 cumple una función de deslinde en cuanto límite externo del derecho garantizado, sin que, por tanto, queden protegidas por la cobertura garantista de ese derecho las negociaciones de orden político entre los representantes de los trabajadores y empresarios o entre éstos y los poderes públicos en el ejercicio de sus potestades públicas. Lo que, a contrario sensu, autoriza a incluir en el ámbito subjetivo del derecho a cualesquiera representaciones de los trabajadores que acrediten de modo fehaciente su carácter representativo, a fin de utilizar la institución negocial colectiva y el derecho que sobre la misma se reconoce y garantiza.

2. Acuerdos de interés profesional: régimen jurídico

A) Eficacia

Como fuente específica de su régimen profesional, los TRADE pueden negociar y celebrar acuerdos de interés profesional (art. 3.2 LETA). Cabe suponer que, mediante este instrumento negocial colectivo, el legislador trata de compensar la mayor debilidad contractual de estos trabajadores, derivada de su dependencia económica de un cliente único (art. 12.2 LETA), al modo en que opera con los trabajadores asalariados al brindarles el instrumento compensatorio de los convenios colectivos. Sin embargo, tales acuerdos constituyen un mecanismo protector de una intensidad mucho menor que la atribuida a los convenios colectivos por lo que se refiere ahora a su posición en el sistema de fuentes de los TRADE.

Debilidad que proviene de su carácter contractual, al someterse por mandato legal su celebración a las disposiciones del Código Civil, conforme preceptúa el artículo 13.4 LETA.

La fragilidad de dichos acuerdos se acentúa al atribuirles el legislador una eficacia personal limitada «a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello» (art. 13.4 LETA), lo que es propio de la representación privada de voluntades y no de la representación de intereses o institucional que articula el Derecho del Trabajo a este respecto.

Esta prescripción produce una enorme perplejidad. Primero, porque no se acierta a comprender la razón de que los afiliados a las organizaciones que hayan celebrado el acuerdo en representación de los autónomos deben de prestar el consentimiento para que se les aplique dicho acuerdo, dado que su relación asociativa con tales organizaciones les obliga, indefectiblemente, a estar y pasar por lo acordado. Y segundo, porque se desvirtúa y desconoce de plano la capacidad representativa institucional de aquellos sindicatos que, dotados de mayor o suficiente representatividad, puedan celebrar los referidos acuerdos.

En este orden de cosas nada hubiera impedido jurídicamente abrir la posibilidad de celebrar convenios colectivos para los TRADE, puesto que el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios se garantiza por la CE a los «representantes de trabajadores y empresarios» (art. 37.1), sin distinción alguna entre clases o categorías de trabajadores, lo que permite incluir, de seguro, tanto a los asalariados como a los autónomos, según se ha razonado con anterioridad. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el ET, al regular el derecho a la negociación colectiva, no agota el mandato constitucional, sino que permite la negociación y celebración de otros convenios colectivos no regulados en dicha norma estatutaria. Todos ellos gozan de la misma fuerza vinculante o eficacia normativa, aunque, como es sabido, la jurisprudencia mayoritaria no comparta este criterio asentado en un solvente sector de la doctrina científica.

También para los acuerdos de interés profesional se incluye en la LETA una prescripción de salvaguarda de imperatividad de las disposiciones legales de derecho necesario, estableciendo, en su artículo 13.3, la nulidad de las cláusulas de aquéllos contrarias a tales disposiciones, de forma que no es dudosa la subordinación de los mismos a las leyes. Con todo, la sujeción a estas disposiciones por parte de los citados acuerdos también queda aquí devaluada. De un lado, por el más escaso número y el menor alcance que las normas estatales imperativas representan para el trabajo autónomo en contraste con el trabajo asalariado. De otro, y de forma complementaria, habida cuenta de que la sujeción de los acuerdos de interés profesional a las disposiciones del Código Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.4 LETA, brinda a las cláusulas de dichos acuerdos un amplio margen de maniobra a la hora de fijar su contenido, dada la mayor libertad de pactos que supone la aplicación de la normativa común.

B) Unidades de negociación

El silencio de la ley sobre la estructura de la negociación colectiva de los TRADE, implica una amplísima libertad de elección de unidades negociales, con el límite objetivo de que las partes negociadoras acrediten representatividad en el ámbito funcional y territorial en el que hay de aplicarse el acuerdo.

Por otra parte y dado que los convenios colectivos no son fuente del régimen profesional de los TRADE, la concurrencia de éstos —cuando en los mismos se regulen condiciones de trabajo de dicho colectivo— con los acuerdos de interés profesional, no de modo necesario supone la preferente aplicación de estos últimos instrumentos negociales dada la especificidad de los convenios colectivos cuando se trata de los estatutarios, puesto que eficacia normativa de tales convenios les sitúa en el marco de aquellas fuentes a título de legislación específica aplicable —de carácter laboral— conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1.a) LETA.

C) Legitimación negocial

Resulta en verdad novedoso el derecho a concertar los acuerdos de interés profesional por las asociaciones profesionales de autónomos o los sindicatos que los representen (art. 13 LETA). Pero esta novedad presenta un sesgo restrictivo que parece buscar la promoción legal de la afiliación de los TRADE a dichas asociaciones, aunque es muy dudoso que lo logre con la fórmula que articula. Consiste ésta en circunscribir el ámbito personal de dichos acuerdos, amén de a las partes firmantes, a los TRADE afiliados a las mismas [art. 19.2.b) en relación con el art. 13 LETA]. Aunque se trate de una limitación legalmente inobjetable desde el prisma formal dada la exclusiva sujeción de los acuerdos de interés profesional al ordenamiento común, es una opción normativa que puede drenar de forma acusada en la práctica el citado derecho colectivo y, por tanto, el alcance personal de tales acuerdos, máxime si se tiene en cuenta que éstos sólo serán eficaces para los TRADE afiliados a la asociación que los concierte si los mismos prestan expresamente su consentimiento a la aplicación de tales instrumentos negociales (art. 13.4 LETA).

A la anterior consideración debe añadirse que la selección de la parte negociadora se formula en el artículo 13 LETA en términos alternativos entre «las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad». El predominio de la autonomía contractual civil en esta singular negociación colectiva, conduce a admitir la libertad de la empresa para seleccionar a uno u otro tipo de asociación, de modo semejante a lo que sucede con la negociación colectiva laboral de eficacia limitada (convenios colectivos extraestatutarios), conforme a la doctrina constitucional (STC 121/2001). En todo caso, la prohibición constitucional de discriminación representa un límite insalvable para aquella libertad.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que tal libertad de elección de la parte negociadora en representación de los TRADE queda restringida para la empresa de un doble modo. De un lado, cuando negocien los sindicatos no puede prescindirse del dato objetivo de su mayor y suficiente representatividad (arts. 6 y 7 LOLS). De otro, cuando la negociación se pretenda entablar por las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, tampoco podrá orillarse la existencia de aquellas que la ley considera representativas, inscritas como tales en el registro especial establecido al efecto y cuya representatividad se ha de acreditar de acuerdo con criterios objetivos, indicados por la norma estatutaria a título ejemplar: el grado de afiliación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos o materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado o la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación (art. 21.1 LETA).

D) Procedimiento de negociación

La carencia de toda norma procedimental para la negociación, celebración y, en su caso, administración de los AIP, les deja sometidos a las reglas generales de la contratación y, por ello, a una alta dosis de inseguridad negociadora que no ha de favorecer la utilización de estos instrumentos. Un ejemplo de ello se encuentra en la inexistencia de un deber de negociar los acuerdos de interés profesional, de la que se deriva la ausencia de causas específicas que pueden justificar la negativa de una parte a negociar.

Esa misma línea abstencionista siguen las formalidades que habrían de observar los acuerdos. Aunque la ley exige su concertación por escrito (art. 13.2 LETA), nada se regula sobre su inscripción, depósito y publicación, lo que, amén de confirmar su sujeción al ordenamiento común, dificulta objetivamente su control formal de legalidad. Se trata de una omisión que ni la norma reglamentaria ni los propios acuerdos pueden subsanar sin ir más allá de las posibilidades reguladoras que la LETA les reconoce en el artículo 13.1, dado que en éste la libertad contractual para negociar su contenido viene referida a determinadas condiciones de la actividad profesional de los TRADE, sin que exista habilitación alguna para regular aquellas formalidades.

E) Contenido

La autonomía negocial colectiva preside también de forma acentuada la determinación del contenido de los acuerdos de interés profesional. La genérica referencia legal a la facultad de establecer «las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de ejecución de su actividad profesional, como otras condiciones generales de contratación» así lo corrobora (art. 13 LETA). En todo caso, el acuerdo no está abierto a la incorporación de cualesquiera contenidos. En este sentido, si bien predomina la libertad contractual de las partes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, tal determinación no puede contrariar las leyes, la moral y el orden público (art. 1.255 CC). A este respecto, la LETA exige que los acuerdos observen «los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia» (art. 13), trasunto colectivo de la prohibición de concurrencia desleal que en el contrato de trabajo recae sobre el trabajador [arts. 5.d) y 21.1 ET].

F) Aplicación

La jurisdicción social es la competente para conocer de las controversias que se originen en relación con el régimen profesional del TRADE regulado la LETA, tanto en su vertiente individual como colectiva (art. 17 y Disp. Adic. 1.ª LETA). En concreto, a dicha jurisdicción se le atribuye el conocimiento de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia (art. 17.2 LETA), cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil. La modalidad procesal que debe seguirse en el orden social a este respecto es el proceso de conflictos colectivos (art. 153.1 LJS), para cuya promoción están legitimados, de un lado, las asociaciones representativas de los TRADE y «los sindicatos representativos de éstos» cuyo ámbito se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, y, de otro, las empresas para las que los TRADE ejecuten su actividad, así como las asociaciones empresariales de éstas, siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto [art. 14.e) LJS].

En los procesos en que se diriman controversias individuales o colectivas de los TRADE, es necesario intentar la conciliación previa a la vía judicial ante el órgano administrativo que asuma estas funciones o los que puedan establecerse en los acuerdos de interés profesional (Disp. Adic. 1.ªcinco LETA y arts. 63 y 156.2 LJS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Funcionarios

Alfonso Mellado, C. L.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RDS*, n.º 13/2001.

Aparicio Tovar, J.: «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en AAVV: *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, 1983.

Baylos Grau, A.: «El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos», *LAL*, n.º 4/1982.

Bengoetxea Alkorta, A.: *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, Valencia, 2005.

Blasco Esteve, A.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA*, n.º 52/1986.

Carrera Ortiz: «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», *REDT*, n.º 38/1989.

Díaz Revorio, F. J.: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Algunas ideas desde la perspectiva constitucional», *RATC*, n.º 17/1998.

Fernández Domínguez, J. J., y Rodríguez Escanciano, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1996.

García Murcía, J.: «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», *RTSS*, n.º 11/1993.

González Salinas, J.: «La negociación colectiva en la función pública: el carácter reglamentario de los acuerdos entre la Administración y los sindicatos», *REDA*, n.º 80/1993.

Landa Zapiraín, J. P.: «La negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas. Problemas de su configuración actual», en AAVV: *La negociación de las condiciones de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Madrid, 2003.

López Gandía, J.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico», en AAVV: *El Estatuto Básico del Empleado Público (XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. II, Madrid, 2009.

Maestro Buelga, G.: «El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RVAD*, n.º 41/1995.

Marín Alonso, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mitos*, Granada, 1999.

Martínez Abascal, V. A.: «El derecho de negociación colectiva en la Administración Pública», *RTL*, n.º 11/1982.

— «Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa», en AAVV: *Seminario sobre Relaciones colectivas de trabajo en la función pública*, Sevilla, 1990.

— «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT*, n.º 3/1989.

— «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», *Relaciones Laborales*, n.º 13/2001.

Martínez Gayoso, M. N.: *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, 2002.

— *Las comisiones de seguimiento de Pactos y Acuerdos en la Función Pública*, Oñati, 2002.

Mauri Majós, J.: «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», *DA*, n.os 241-242/1995.

Ojeda Avilés, A.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio internacional número 151 OIT», *RL*, n.º 11/1985.

— «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcionarial», en AAVV: *Seminario sobre Relaciones colectivas de trabajo en la función pública*, Sevilla, 1990.

Rodríguez Cardo, I.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RTSS*, n.º 200/1999.

Rodríguez Escanciano, S.: «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública», en AAVV: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. (XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, vol. II, Madrid, 2001.

Rodríguez-Piñero, M.: «La negociación colectiva de los funcionarios en la Ley 9/1987», *RL*, n.º 20/1997.

Roqueta Buj, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996.

— *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007.

Sala Franco, T.: «La negociación colectiva en el empleo público», en AAVV: *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornada de Estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 2001.

Valdés Dal-Ré, F.: «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *REDT*, n.º 86/1997.

II. Trabajadores autónomos económicamente dependientes

Baz Rodríguez, J.: «La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA», *REDT*, n.º 149/2011.

Bermúdez Rodríguez, C.: «Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», *AL*, n.º 22/2008.

Cruz Villalón, J.: «Los acuerdos de interés profesional», en Cruz Villalón, J., y Valdés Dal-Ré, F.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid, 2008.

Fernández Avilés, J. A.: «La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente depedientes», *AL*, n.º 3/2009.

García Murcia, J.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», *AL*, n.º 9/2009.

González Biedma, E.: «Fuentes del régimen profesional del trabajo autónomo», en Del Rey Guanter, S. (dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Valladolid, 2007.

Guerrero Vizuete, E.: *El trabajador autónomo dependiente económicamente. Un estudio jurídico laboral*, Valladolid, 2012.

Gutiérrez-Solar Calvo, B.: «La negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes», *DL*, n.º 73/2005.

Lousada Arochena, J. F.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», *AS*, n.º 21/2007.

Martínez Abascal, V. A.: «El estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo (I y II)», *AS*, n.ºs 2 y 3/2008.

Martínez Barroso, M. R.: «La concertación de acuerdos de interés profesional», *LAL*, n.º 7.082/2008.

Sirvent Hernández, N.: «Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores económicamente dependientes», *RGDTSS*, n.º 15/2007.

Tárraga Poveda, J.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», en Luján Alcaraz, J. (dir.): *Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007*, de 11 de julio, Murcia, 2007.

PARTE CUARTA:
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

CAPÍTULO 21: ADMINISTRACIÓN LABORAL

Este primer capítulo del Derecho Administrativo del Trabajo se va a dedicar al estudio de la Administración Laboral. En él se abordará su concepto, destacando los distintos órganos administrativos que la componen y la función básica que tienen encomendada tendente al desarrollo y puesta en práctica de la política laboral. A continuación, y como una consecuencia lógica de su concepto y de la actual organización territorial del Estado, se distinguirá entre la Administración Laboral del Estado y la Administración Laboral autonómica, analizando la distribución constitucional de competencias entre una y otra, tanto en materia laboral como de Seguridad Social.

Los orígenes de la Administración Laboral se remontan a finales del siglo xix, por lo que de una manera breve se irá trazando la línea emprendida en la Comisión de Reformas Social en 1883, y el Instituto de Reformas Sociales de 1903, hasta llegar a 1920 con la creación del MT. Se esbozará, a continuación, los rasgos de la naciente Administración Laboral a lo largo del período de la dictadura de Primo de Rivera, de la Segunda República, del régimen de Franco hasta llegar a la CE de 1978.

A partir de 1978 se va a producir un cambio significativo en nuestro sistema de relaciones laborales, en el que cobra un total protagonismo las representaciones profesionales de los trabajadores y de las empresas, en detrimento del intervencionismo del Estado de la época anterior. El cambio en el sistema de relaciones laborales y la nueva organización territorial del Estado dará lugar a un cambio lógico en la Administración Laboral, existiendo a partir de entonces una duplicidad de órganos administrativos en materia laboral: los del Estado y los de las CCAA.

La Administración Laboral del Estado, personalizada en el MTI, actualmente MEYSS, será la encargada de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia laboral, ordenación del empleo, Seguridad Social, extranjería, inmigración y emigración. Se estudiará la estructura de esta Administración, destacando los distintos órganos centrales que la componen, de los que se especificarán sus funciones y los distintos órganos directivos y unidades que dependen de los mismos. Los servicios periféricos de la Administración laboral, a partir de 1998 con la entrada en vigor de la LOFAGE, han sufrido importantes cambios hasta el punto que han quedado integrados en las Delegaciones del Gobierno y en las Subdelegaciones del Gobierno. La Administración laboral del Estado también cuenta con organismos autónomos y con la Administración Institucional de la Seguridad Social, de una manera breve se definirá cada uno de ellos y se describirán sus funciones. Y por último, se hará lo propio con la Administración consultiva, adscrita al MTI, actualmente MEYSS.

Para concluir el capítulo y de una manera muy genérica se describirán los rasgos comunes, en cuanto a estructura, de la Administración Laboral Autonómica, y los distintos órganos consultivos, instituidos por las mismas, de los que se especifican sus funciones principales.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO: CONCEPTO Y ELEMENTOS

Considerado desde el prisma del ordenamiento laboral, el Derecho Administrativo del Trabajo se configura como el subsistema de principios y normas parcialmente integrado en el sistema del Derecho del Trabajo, a fin de regular la garantía administrativa dirigida al cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. De esta noción se infieren los elementos que caracterizan dicho subsistema: sistemático, regulador, funcional y finalista.

1. Elemento sistemático

El subsistema de principios y normas que conforma el Derecho Administrativo del Trabajo sólo ofrece una integración parcial en el sistema del Derecho del Trabajo. De un lado, no cabe duda de que el primero se inscribe en el segundo porque la materia objeto de regulación pertenece al ámbito de la legislación laboral y de Seguridad Social (por ejemplo, expediente administrativo de regulación de empleo o resolución administrativa sancionando una infracción del empresario en materia de contratación laboral). Pero, por otro lado, es también incuestionable que, en ese ámbito sociolaboral, intervienen órganos de la Administración Pública Laboral dotados de las correspondientes potestades y competencias administrativas y cuya actuación se encauza mediante los correspondientes procedimientos administrativos. De este modo, el Derecho Administrativo del Trabajo participa de principios y normas del ordenamiento laboral y del ordenamiento administrativo. Del ordenamiento laboral, dado que éste se expresa en este terreno mediante el principio pro operario, consecuencia de la regulación administrativa garante de las normas sociolaborales y, junto a ello, mediante todas las de esta naturaleza y orden sustantivo, que operan como presupuesto para configurar la organización y actuación administrativas. Del ordenamiento administrativo, por lo que hace a los principios constitucionales que regulan la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 CE), así como a los principios y normas reguladores del procedimiento administrativo común y de los correspondientes procedimientos especiales en materia sociolaboral.

2. Elemento regulador

Al igual que sucede con el Derecho Procesal del Trabajo, las fuentes de producción normativa del Derecho Administrativo del Trabajo son de orden exclusivamente heterónomo. La norma legal, de carácter interno o internacional, es la única habilitada para regular la actuación administrativa en materia sociolaboral, por lo que los convenios colectivos no cuentan con espacio alguno a este respecto. El servicio objetivo a los intereses generales encomendado constitucionalmente a la Administración Pública (art. 103.1 CE) exige la fijación y cumplimiento de ese límite insuperable.

Por otra parte, no debe confundirse la intangibilidad de aquella normativa por el poder negocial colectivo, con la posibilidad de que, en aplicación de algunas normas de Derecho Administrativo del Trabajo, puedan alcanzarse determinados acuerdos. Por ejemplo, el acuerdo obtenido a través de la mediación de la Inspección de Trabajo poniendo fin una huelga suele contener determinadas concesiones de las partes en conflicto. Pero ninguna de esas transacciones puede alterar válidamente, en ningún sentido, las reglas que rigen el mencionado subsistema normativo.

3. Elemento funcional

La intervención de la autoridad administrativa en materia sociolaboral se lleva a cabo en el ejercicio de sus potestades de ordenación y de sanción de las relaciones jurídico-privadas que tienen lugar en torno al trabajo dependiente. El alcance de esas potestades viene determinado por el principio de legalidad (art. 103.1 CE), que marca los lindes específicos e insuperables dentro de los que la Administración Laboral puede ejercer sus competencias en la materia que le es propia. Como sucede con la mayor parte de las potestades administrativas, se trata de una potestad-función a cuyo través la autoridad laboral satisface el interés público involucrado en el cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social.

4. Elemento finalista

El ejercicio del poder fiduciario que las mencionadas potestades atribuyen a la Administración Laboral como garante, en su ámbito, de la normativa sociolaboral, se canaliza de distintas formas. La potestad de ordenación se concreta principalmente en el desarrollo de funciones de registro y depósito (por ejemplo, de los estatutos de un sindicato), así como en funciones de control del cumplimiento de la normativa sociolaboral por parte de todos aquellos sujetos a los que puede exigírseles responsabilidad administrativa a este respecto (por ejemplo, mediante visitas a las empresas por parte de la Inspección de Trabajo, por iniciativa propia o en virtud de denuncia). La potestad sancionadora se manifiesta mediante la imposición de las correspondientes sanciones, con arreglo al principio de legalidad (arts. 25.1 CE y 127.1 LRJPAC y STC 42/1987), ante ilícitos administrativos en el orden social. Como es consustancial a un Estado democrático de Derecho, la garantía última del ejercicio regular de estas potestades administrativas corresponde a los órganos judiciales, lo que incluye, claro está, al TC (arts. 24.1 y 161 CE).

II. ADMINISTRACIÓN LABORAL

1. Concepto

La Administración Laboral forma parte de la Administración Pública y como tal, sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE).

La Administración Laboral ha sido definida por la doctrina como el conjunto de órganos, y sus correspondientes actividades, instituidos para garantizar el desarrollo del trabajo prestado en utilidad y bajo dirección ajenas de acuerdo con las directrices de la legislación y la política laboral de los poderes públicos.

De una manera descriptiva, atendiendo a sus distintos órganos y a su función, se puede definir la Administración Laboral como el conjunto de órganos administrativos, unos con competencias exclusivas en el orden laboral (MTI, actualmente MEYSS, y Consejerías de Trabajo o Empleo de las distintas CCAA) y otros con competencias genéricas (Presidente y Vicepresidentes del Gobierno; Consejo de Ministros; Comisiones Delegadas de Gobierno; Delegados de Gobierno y órganos de gobierno de las CCAA), cuya función consiste en el desarrollo de la política laboral mediante la puesta en práctica de las acciones y decisiones que se consideren pertinentes en cada momento.

En la actualidad la Administración Laboral está compartida entre el Estado y las CCAA, como consecuencia de la organización territorial del Estado surgida de la CE de 1978.

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia laboral se encuentra regulada en el artículo 149.1.7.ª CE. Según el citado artículo al Estado se le atribuye la competencia exclusiva en materia de legislación laboral y a los órganos de las CCAA la ejecución de dicha legislación. También es competencia exclusiva del Estado: la inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2.ª CE).

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social está regulada en el artículo 149.1.17.ª CE. Según el citado artículo al Estado se le atribuye la competencia exclusiva respecto a la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social y a los órganos de las CCAA la ejecución de sus servicios.

- Por legislación básica hay que entender tanto las leyes como las normas reglamentarias reguladoras de los contenidos básicos (STC 1/1982 y 23/1982).
- Por régimen económico de la Seguridad Social hay que entender la gestión y control de la cotización, recaudación de cuotas y demás recursos de financiación del sistema de la Seguridad Social, así como el aplazamiento o fraccionamiento de cuotas (STC 124/1989).

Las CCAA históricas y asimiladas (art. 151 CE) asumieron las competencias ejecutivas en materia laboral de manera inmediata, mientras que el resto de las CCAA (art. 143 CE) las han ido asumiendo de manera paulatina, hasta el punto de que hoy en día todas las CCAA disponen en la práctica de las funciones ejecutivas en materia laboral, excepto en materia de inmigración, emigración y políticas pasivas de empleo. Cataluña, desde el 1 de octubre de 2009, tiene atribuida la competencia de las autorizaciones administrativas de trabajo de carácter inicial. El proceso de traspaso se ha llevado a cabo a través de sucesivos Reales Decretos de transferencia de funciones de ejecución de servicios.

En materia de Seguridad Social también se ha producido el traspaso de ejecución de servicios, tales como los extintos INSALUD, INSERSO y los órganos provinciales del INSHT, aunque según la doctrina constitucional (STC 124/1989) también podrían ser objeto de traspaso los actos instrumentales (inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos) que actualmente son competencias de la TGSS.

2. Orígenes y evolución

A) Orígenes

Los orígenes de la Administración Laboral se remontan a finales del siglo xix con la creación de la Comisión de Reformas Sociales (D. 5-12-1883), primer embrión del MT, cuya función consistía básicamente en realizar estudios de todas las cuestiones directamente relacionadas con la mejora y bienestar de las clases obreras y que afectan a las relaciones entre capital y trabajo y, también, en preparar proyectos legislativos en la materia. Entre los frutos de la Comisión destacan los proyectos de normas sobre trabajo infantil, descanso dominical, emigración y protección de trabajadores inválidos.

Una serie de desavenencias de tipo sindical condenaron a la Comisión de Reformas Sociales a su desaparición, lo que daría paso al Instituto de Reformas Sociales (D. 23-4-1903), también dentro de la estructura del Ministerio de Gobernación. La función encomendada al Instituto fue más ambiciosa que la otorgada a la Comisión, ya que no sólo se le encomendó el preparar la legislación laboral, sino también el organizar los servicios necesarios de inspección y estadística al objeto de velar por la naciente legislación laboral. El escaso cumplimiento de las primeras normas laborales daría lugar a la creación de la Inspección de Trabajo de Seguridad Social (D. 1-3-2006) como organismo especial de vigilancia de dicha normativa.

Después de una serie de infructuosas propuestas, el MT fue creado en 1920 (D. 8-5-1920), siendo Presidente del Gobierno Eduardo Dato, con la función de ser el órgano administrativo encargado de ejecutar la política del Gobierno en materia de relaciones de trabajo.

Durante la época de la dictadura de Primo de Rivera, el MT creció en sus atribuciones, con la creación de los Comités paritarios, formados por empresarios y trabajadores, cuya función consistía en la regulación de las condiciones de trabajo bajo la subordinación del Ministerio, el cual nombraba a su presidente y resolvía los conflictos surgidos en el seno del Comité. Como realizaciones de este período se pueden destacar en el aspecto legislativo, la aprobación del Código de Trabajo de 1926, considerado por algún sector de la doctrina como el origen del Derecho del Trabajo en nuestro país, y la Organización

Corporativa Nacional de 1926, en la que participaban los sindicatos, pero estaban desprovistos de sus funciones negociadoras y de conflicto.

En la época de la Segunda República, el Ministerio siguió ampliando sus competencias. Los Comités paritarios fueron sustituidos por los Jurados Mixtos y además se le añadieron competencias en materia de empleo. En este período se crean las Delegaciones Provinciales de Trabajo con la finalidad de acercar la Administración Laboral a los ciudadanos. Además de los Jurados Mixtos, se puede destacar en este período la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de Asociaciones Profesionales de 1932, estas asociaciones podían desarrollar su actividad dentro o al margen de los Jurados Mixtos.

El largo período del franquismo se caracterizó por el intervencionismo creciente de la Administración en el ámbito laboral, por la creación de los Sindicatos verticales y por la supresión de la libertad de organización y acción de los grupos profesionales. El fuerte intervencionismo estatal se manifestó en la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942, por medio de la cual el MT reguló de manera exclusiva las condiciones de trabajo de los distintos sectores de actividad, aunque a partir de 1958 con la publicación de la Ley de Convenios Colectivos se flexibilizó aquel intervencionismo, pero de manera muy tenue, dado que los Convenios se negociaban y aprobaban en el marco de la Organización Sindical. También se hizo patente el intervencionismo en los procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo que reconocieron a los órganos administrativos importantes competencias y en el ámbito de las relaciones individuales la intervención administrativa, también, fue importante en materia de autorizaciones y resolución de conflictos a través de la extinta Organización Sindical.

B) Evolución

A partir de la aprobación de la CE, se ha producido un cambio importante en el sistema de relaciones laborales de nuestro país (Capítulo 2, I, 3 y 4) y por consiguiente de la Administración Laboral. El cambio del referido sistema constitucional, en cuanto afecta a dicha Administración, se ha caracterizado por los siguientes rasgos:

- Reducción del intervencionismo administrativo. La Administración Laboral ha perdido el protagonismo de antaño, los actores principales son las representaciones profesionales de las empresas y de los trabajadores, en las que los sindicatos democráticos juegan un papel decisivo. No obstante, debe señalarse el indiscutible anclaje constitucional del intervencionismo administrativo, con funciones normativas y ejecutivas en materia laboral y de Seguridad Social (art. 97 CE), cuya organización y actuación ha de ponerse al servicio de los intereses generales de acuerdo con ciertos principios de actuación constitucionalmente configurados (art. 103.1 CE). Especial relevancia tiene a este respecto la atribución de la potestad sancionadora a la Administración Pública, tradicional manifestación del intervencionismo administrativo en las relaciones de trabajo, al considerarse que el interés social implicado en la prestación del trabajo dependiente y por cuenta ajena exige que los incumplimientos de la legislación laboral sean reprimidos por el Estado. Siguiendo esta tradición, la CE ha consagrado aquella potestad sancionadora, bien que sujetándola a los principios de legalidad y tipicidad, así como a los restantes límites derivados del artículo 25.1 CE.
- Preeminencia de la autonomía negocial colectiva de los interlocutores sociales. En este sentido, la negociación colectiva ha restado importancia al anterior papel protagónico de la Administración, convirtiéndose en una de las piezas claves de todo el sistema, sin perjuicio del lugar jerárquicamente prioritario que corresponde a la ley.
- Reconocimiento expreso de la autotutela colectiva. La huelga y otras formas de conflicto colectivo se reconocen como medidas conflictuales y como derechos que expresan de modo coyuntural el conflicto estructural entre el trabajador dependiente y quien recibe la prestación de sus

servicios. De aquí que la Administración Laboral haya de disponer de órganos y procedimientos adecuados para su solución extrajudicial.

- Ampliación del sistema normativo laboral. La transposición a nuestro ordenamiento jurídico laboral, a partir de 1986, de todo el acervo comunitario en la materia social del derecho ha provocado la armonización de nuestra legislación con las Directivas y Reglamentos de la UE.

Ante este nuevo sistema de relaciones laborales y ante los cambios operados en la organización territorial del Estado (Título VIII de la CE), la Administración Laboral ha tenido que evolucionar tanto en su organización como en su funcionamiento. Básicamente, la doctrina científica ha resumido en tres tipos de razones los cambios experimentados a este respecto en la Administración Laboral:

- El reconocimiento de un mayor grado de autonomía colectiva en las representaciones profesionales de empresarios y trabajadores, al tiempo que se reduce el intervencionismo administrativo en el conjunto de las relaciones de trabajo, sin que por ello desaparezca dado su anclaje constitucional.
- El reconocimiento de la autonomía de nacionalidades y regiones con la atribución a estos entes de competencia en materia laboral.
- La participación institucional de las representaciones profesionales en la actividad de los organismos administrativos.

Este nuevo sistema de relaciones laborales, pero especialmente la nueva organización territorial del Estado, ha dado lugar a una duplicidad de órganos administrativos en materia laboral, los del Estado y los de las CCAA, cuya distribución de competencias ya se ha bosquejado en el apartado anterior y cuyo estudio orgánico y competencial se va a realizar en los dos epígrafes siguientes.

III. ADMINISTRACIÓN LABORAL DEL ESTADO

El MTI, actualmente MEYSS, es el departamento de la AGE encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de empleo y de Seguridad Social, así como del desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería, inmigración y emigración (art. 9.1 RD 1.823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y art. 1.1 RD 343/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MEYSS).

1. Estructura central

El MTI, actualmente MEYSS, bajo la superior dirección del titular del departamento, se estructura en los siguientes órganos superiores y directivos (art. 9.2 RD 1.823/2011, de 21 de diciembre, art. 8.1 RD 1.887/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula la estructura básica de los departamentos ministeriales y art. 1.3 RD 343/2012, de 10 de febrero):

- La Secretaría de Estado de Empleo.
- La Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Secretaría General de Inmigración y Emigración.
- Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social.

A continuación se van a estudiar las funciones y órganos dependientes de cada uno de estos órganos superiores y directivos, teniendo en cuenta que los órganos de rango inferior se entenderán subsistentes y mantendrán su actual denominación, estructura y funciones, en tanto no se realicen las oportunas modificaciones orgánicas (Disp. Trans. 1.ª RD 1.887/2011) como las operadas por el RD 343/2012, de 10 de febrero:

A) Secretaría de Estado de Empleo

La Secretaría de Estado de Empleo, creada por el artículo 9 del RD 1.313/2010, de 20 de octubre, sustituye a la Secretaría General de Empleo, y le corresponde desarrollar la política del Gobierno en materia de relaciones laborales y de empleo (art. 2.1 RD 343/2012, de 10 de febrero).

De la Secretaría de Estado de Empleo dependen los siguientes órganos directivos con rango de dirección general [art. 8.1.B) RD 1.887/2011, 30 de diciembre y art. 2.2 RD 343/2012]:

- La Dirección General de Empleo.
- La Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas.

De la Secretaría de Estado de Empleo, y con nivel orgánico de subdirección general dependen los siguientes órganos (art. 2.3 RD 343/2012):

- El Gabinete Técnico, como órgano de apoyo y asistencia inmediata al titular de la Secretaría General de Empleo.
- La Subdirección General de Análisis del Mercado de Trabajo.

Se adscriben al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo, los siguientes órganos colegiados (art. 2.5 RD 343/2012):

- El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo.
- El Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.
- El Consejo General de Formación Profesional.
- El Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.
- La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- El Consejo de Fomento de la Economía Social.
- El Consejo del Trabajo Autónomo.

Por último, quedan adscritos al departamento, a través de la Secretaría de Estado de Empleo, los organismos autónomos SEPE, FGS e INSHT (art. 2.4 RD 343/2012).

B) Secretaría de Estado de la Seguridad Social

A la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, bajo la superior autoridad del Ministro, le corresponden las funciones siguientes (art. 5.1 RD 343/2012):

- La dirección y tutela de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, adscritas al departamento, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros ministerios y a otras unidades del departamento.
- El impulso y la dirección de la ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social.
- La dirección y coordinación de la gestión de los recursos financieros y gastos de la Seguridad Social.
- La planificación y tutela de la gestión ejercida por las entidades colaboradoras de la Seguridad Social.
- Cualquier otra competencia que, legal o reglamentariamente, le esté atribuida.

De la Secretaría de Estado dependen los siguientes órganos directivos y unidades (art. 8.1 RD 1.887/2011, de 30 de diciembre y art. 5.2 RD 343/2012):

- La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

- La Intervención General de la Seguridad Social.
- El Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

Como órganos adscritos a la Secretaría de Estado figuran el INSS; el ISM; la TGSS y la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (art. 5.4 RD 343/2012).

C) Secretaría General de Inmigración y Emigración

A la Secretaría General de Inmigración y Emigración, bajo la superior autoridad del Ministro, le corresponde desarrollar la política del Gobierno en materia de extranjería e inmigración (art. 8.1 RD 343/2012).

De la Secretaría General de Inmigración y Emigración depende el siguiente órgano directivo con rango de dirección general (art. 8.1 RD 1.887/2011, de 30 de diciembre y art. 8.2 RD 343/2012):

- La Dirección General de Migraciones.

  De la Secretaría General Inmigración y Emigración dependen, con nivel orgánico de Subdirección General, los siguientes órganos (art. 8.3 RD 343/2012):
- Un Gabinete Técnico como órgano de apoyo y asistencia inmediata al titular de la Secretaría General.
- La Subdirección General de Planificación y Gestión Económica.
- La Subdirección General de Régimen Jurídico.

Quedan adscritos directamente a la Secretaría General de Inmigración y Emigración los siguientes órganos colegiados (art. 8.4 RD 343/2012):

- La Comisión Interministerial de Extranjería.
- La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Asimismo depende de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, con el rango que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo (art. 8.5 RD 343/2012):

- El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

D) Subsecretaría de Empleo y de Seguridad Social

La Subsecretaría ostenta la representación ordinaria del Ministerio y la dirección de sus servicios comunes, así como el ejercicio de las atribuciones a que se refiere el artículo 15 de la LOFAGE, y en particular el desempeño de las siguientes funciones (art. 10.1 RD 343/2012):

- El apoyo y asesoramiento técnico al ministro en la elaboración y aprobación de los planes de actuación del departamento.
- El estudio de los distintos elementos organizativos del departamento y la dirección y realización de los proyectos organizativos de ámbito ministerial.
- La supervisión de la fundamentación técnico-jurídica de todos los asuntos del Ministerio y sus organismos públicos, que se sometan a la consideración de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y del Consejo de Ministros.
- La coordinación y gestión de los recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales del departamento.
- El informe de los proyectos de normas de otros Ministerios, coordinando las actuaciones dentro del ministerio y con los demás departamentos que hayan de intervenir en el procedimiento.
- La coordinación de la acción del departamento en el exterior, la cooperación internacional, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y la coordinación de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social en el exterior, sin perjuicio de

la competencia de las Embajadas o Misiones Diplomáticas españolas en el extranjero y de la dependencia directa de los titulares de aquellas respecto del Jefe de Misión Diplomática.

De la Subsecretaría dependen los siguientes órganos directivos con rango de dirección general (art. 8.1 RD 1.887/2011, de 30 de diciembre y art. 10.3 RD 343/2012):

- La Secretaría General Técnica.
- La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Están adscritos a la Subsecretaría sin perjuicio de su dependencia de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Administraciones Públicas, respectivamente, los siguientes órganos con rango de subdirección general (art. 10.4 RD 343/2012):

- La Abogacía del Estado.
- La Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado.

De la Subsecretaría dependen, a su vez, con rango de subdirección general, los siguientes órganos (art. 10.5 RD 343/2012):

- El Gabinete Técnico, como órgano de apoyo y asistencia inmediata al titular de la Subsecretaría.
- La Oficina Presupuestaria.
- La Subdirección General de Coordinación y Relaciones Institucionales.
- La Inspección General de Servicios.
- Subdirección General de Recursos Humanos.
- Subdirección General de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y de Seguridad Social.
- Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.
- Oficialía Mayor.
- Subdirección General de Administración Financiera.

2. Servicios periféricos

En 1998 y como consecuencia de la entrada en vigor de la LOFAGE, se suprimieron las Direcciones Provinciales de Trabajo (RD 1.330/1997, de 1 de agosto), por lo que el Ministerio quedó sin servicios periféricos.

Los servicios que prestaban las entonces Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales se integraron en las Delegaciones de Gobierno (RD 2.725/1998, de 18 de diciembre), pasando a denominarse Áreas de Trabajo y Asuntos Sociales, posteriormente Áreas de Trabajo e Inmigración, con sede en la capital de las CCAA. A nivel provincial, dentro de las Subdelegaciones de Gobierno, existe una Dependencia de Trabajo e Inmigración que depende del Área de su respectiva Delegación de Gobierno.

Por su parte, la ITSS —cuyo estudio se abordará en el capítulo siguiente— sigue teniendo estructura provincial y la consideración de servicio no integrado en la Delegación de Gobierno, aunque a partir del 1 de marzo de 2010 se ha producido el traspaso de la función inspectora de las materias transferidas a la Generalitat de Cataluña (RD 206/2010, de 26 de febrero) y a partir de 1 de enero de 2012 al País Vasco (RD 895/2011, de 24 de junio) por lo que la dicotomía apuntada para la Administración Laboral se ha reproducido para la ITSS.

También a nivel periférico existen las Direcciones Provinciales de los distintos organismos de la Administración Institucional de la Seguridad Social, del SEPE y del FGS, que estudiaremos en el apartado siguiente.

3. Organismos autónomos

Están adscritos al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.4 RD 343/2012), los organismos autónomos: SEPE; FGS e INSHT.

A) Servicio Público de Empleo Estatal

El SEPE es un organismo autónomo de la AGE, adscrito al MEYSS, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuyas funciones consisten en la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo (art. 10 Ley 56/2003). Estaba previsto que el SEPE y el FGS se integraran en un solo organismo en un plazo de seis meses a partir del 31 de agosto de 2011 (Disp. Final 1.ª RDL 10/2011, de 26 de agosto), sin embargo, esta integración no se ha producido al haber sido derogado el RDL 10/2011 [Disp. Derog. única.d) y g) RDL-MURMEL y Disp. Derog. única.g) LEMURMEL].

Las competencias atribuidas al SEPE son las siguientes (art. 13 Ley 56/2003):

- Gestionar y controlar la prestación por desempleo.
- Elaborar y elevar al MTI, actualmente MEYSS, propuestas normativas en materia de empleo.
- Percibir las ayudas de los fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto.
- Llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo.

B) Fondo de Garantía Salarial

El FGS es un organismo autónomo dependiente del MEYSS, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, cuya finalidad es asegurar el pago efectivo de las retribuciones e indemnizaciones de los trabajadores en determinados supuestos y con ciertos límites. Está regulado en sus aspectos sustantivos por el artículo 33 ET, el cual ha sido modificado por el RDL 5/2006, de 9 de junio y en sus aspectos organizativos y de funcionamiento por el RD 505/1985, de 6 de marzo, modificado por el RD 372/2001, de 6 de abril. Como ya se ha dicho estaba previsto que el FGS y el SEPE se integraran en un solo organismo en un plazo de seis meses a partir del 31 de agosto de 2011 (Disp. Final 1.ª RDL 10/2011, de 26 de agosto), sin embargo, esta integración no se ha producido al haber sido derogado el RDL 10/2011 [Disp. Derog. única.d) y g) RDL-MURMEL y Disp. Derog. única.g) LEMURMEL].

El FGS es, además, un fondo económico que se nutre de las aportaciones de los empresarios (art. 33.5 ET) y que se destina al pago de los créditos laborales. Están excluidos de su cobertura los empleados de hogar, los socios de las cooperativas y los consejeros y administradores sociales.

Respecto a la responsabilidad de la acción protectora de esta institución de garantía se hace remisión expresa a lo estudiado en el Capítulo 11, IV, 4.

C) Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo

El INSHT es un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica, adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo.

Al INSHT le corresponde la gestión, asesoramiento y control de las acciones técnico-preventivas dirigidas a la disminución de los riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 2 RD 577/1982, de 17 de marzo).

Además de estos organismos autónomos adscritos a la Secretaría de Estado de Empleo del MEYSS, existen otros organismos pertenecientes a la Administración Institucional de la Seguridad Social que están adscritos a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social del MEYSS (art. 5.4 RD 343/2012) que

si bien no tiene la condición de organismos autónomos propiamente dichos, se considera oportuno hacer referencia a ellos, aunque sea muy someramente:

a) Instituto Nacional de la Seguridad Social

Es una entidad gestora dotada de personalidad jurídica cuya función consiste en gestionar y administrar las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, excepto:

— Las prestaciones de desempleo gestionadas por el SEPE.
— Las pensiones no contributivas gestionadas por IMSERSO y órganos de las CCAA.
— La asistencia sanitaria y servicios sociales gestionadas por los órganos de las CCAA.
— Las prestaciones de los trabajadores del mar gestionadas por el ISM.

b) Instituto Social de la Marina

Es una entidad gestora, dotada de personalidad jurídica propia y capacidad de obrar cuya función básica consiste en la gestión de todas las prestaciones correspondientes al RETM, incluida la prestación de desempleo, así como el ejercicio de las obligaciones instrumentales de afiliación, altas, bajas y recaudación de las cotizaciones en colaboración con la TGSS.

c) Tesorería General de la Seguridad Social

Es un Servicio común del sistema de la Seguridad Social, dotado de personalidad jurídica propia, cuya misión consiste en tener a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema. Entre sus competencias se pueden destacar:

— Inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores.
— Gestión y control de la cotización y recaudación de las cuotas.
— Titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos de Seguridad Social.
— Ordenación del pago de las prestaciones (excepto no contributivas).

d) Gerencia de Informática de la Seguridad Social

La Gerencia de informática de la Seguridad Social tiene naturaleza de Servicio Común de la Seguridad Social, sin personalidad jurídica y nivel orgánico de subdirección general, adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y dependiendo funcionalmente de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de cada Entidad Gestora de la Seguridad Social, de la Intervención General de la Seguridad Social y de la TGSS, respecto de los programas y proyectos que afecten a su competencia respectiva (Disp. Adic. 2.ª1 RD 343/2012).

La Gerencia de Informática de la Seguridad Social tendrá atribuidas, entre otras, las siguientes funciones en el ámbito de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (Disp. Adic. 2.ª2 RD 343/2012):

- La elaboración y proposición a las Entidades Gestoras, TGSS e Intervención General de la Seguridad Social de los planes directivos de sistemas de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones.
- La propuesta de creación, desarrollo y modificación de los sistemas de información.
- La evaluación, auditoría e inventario de los sistemas de información vigentes y la propuesta de modificaciones de éstos.
- La creación, custodia y administración de las bases de datos corporativas del sistema, así como los sistemas de seguridad y de confidencialidad.

- El mantenimiento y actualización de los medios telemáticos utilizados para la transmisión de información.
- El mantenimiento del inventario de recursos de la totalidad de los sistemas de información.
- El informe de los expedientes de adquisición de bienes y servicios informáticos.

Por último, se va a hacer referencia a dos organismos que sin estar actualmente adscritos al MEYSS, lo han estado en otras épocas, y desarrollan unas funciones incardinadas dentro de la política social. Estos organismos son:

a) Instituto de Mayores y Servicios Sociales

El IMSERSO es la denominación actual de los extintos Instituto Nacional de los Servicios Social e Instituto de Migraciones y Servicios Social. Está implantado en aquellas CCAA en las que no se han transferido sus competencias. Sus funciones básicas son:

- Gestión y seguimiento de las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas (salvo en las CCAA en que se hubiera transferido las competencias).
- Gestión y seguimiento de las prestaciones económicas de la LISM.
- Gestión y seguimiento de planes de servicios sociales de ámbito estatal.
- Normativa básica respecto a baremos sobre grados de discapacidad.

b) Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

INGESA, denominación actual del extinto Instituto Nacional de la Salud, es una entidad gestora, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, cuya función consiste en la administración y gestión de los servicios sanitarios, entre ellos la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

En la actualidad las CCAA —excepto las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla— tienen constituido su propio Servicio Público de Salud, dependiente de sus respectivos órganos de gobierno, al que compete la ejecución de la prestación de la asistencia sanitaria, bien directa o indirectamente (conciertos).

4. Administración consultiva

Existen numerosos organismos consultivos adscritos al MEYSS, por lo que muy brevemente se van a enumerar las funciones de cada uno de ellos.

A) Consejo General del Sistema Nacional de Empleo

El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo es el órgano consultivo de participación institucional de las Administraciones públicas y de los interlocutores sociales en materia de política de empleo (art. 8 RD 1.722/2007, de 21 de diciembre) estando adscrito al MEYSS a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.5 RD 343/2012).

Las funciones del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo son, entre otras, las siguientes (art. 9 RD 1.722/2007):

- Informar las propuestas normativas sobre ordenación de las políticas activas de empleo.
- Formular propuestas de política de empleo nacional sobre objetivos y prioridades para el Programa Anual de Trabajo del Sistema Nacional de Empleo, informar sobre el mismo y conocer su grado de ejecución y resultados.

- Informar los planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y conocer los informes de seguimiento de los mismos efectuados por el MEYSS.
- Proponer mecanismos que garanticen la coordinación y cooperación del SEPE y los SPECA, en materia de empleo, trabajo, formación y política laboral de emigración, en el ámbito de sus competencias, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo.

B) Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas

El Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas es un órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo del Gobierno, de composición cuatripartita y paritaria, adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.5 RD 343/2012). De manera general se puede decir que es el órgano encargado del impulso y fomento de las políticas de responsabilidad social de las empresas y se constituye en el marco de referencia para el desarrollo de esta materia en España (art. 2.1 RD 221/2008, de 15 de febrero).

Las funciones que tiene encomendadas el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas son las siguientes (art. 4 RD 221/2008):

- Emitir informes y elaborar estudios a solicitud del Gobierno o por propia iniciativa.
- Elaborar y elevar una memoria anual al Gobierno.
- Constituirse como Observatorio de la Responsabilidad Social de las Empresas en España.
- Promover y fomentar iniciativas de Responsabilidad Social de las Empresas.
- Colaborar y cooperar con otros Consejos análogos, incluidos los de nivel internacional.
- Participar, en la forma en que se determine, en los foros nacionales e internacionales constituidos para tratar temas de Responsabilidad Social de las Empresas.

C) Consejo General de Formación Profesional

El Consejo General de Formación Profesional es un órgano consultivo de carácter tripartito, adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.5 RD 343/2012), en el que participan las organizaciones empresariales y sindicales, así como de las Administraciones Públicas, cuya misión principal es la de asesorar al Gobierno en materia de Formación Profesional (art. único.1 Ley 1/1986, de 7 de enero, según redacción dada por la Ley 19/1997, de 9 de junio).

Las funciones del Consejo General de Formación Profesional son, entre otras, las siguientes (art. único.2 Ley 1/1986, según redacción dada por la Ley 19/1997):

- Elaborar y proponer al Gobierno, para su aprobación, el Programa Nacional de Formación Profesional, dentro de cuyo marco las CCAA con competencias en la gestión de aquél podrán regular las características específicas para sus respectivos territorios.
- Evaluar y controlar la ejecución del Programa y proponer su actualización cuando fuera necesario, sin perjuicio de las competencias de las CCAA en este ámbito.
- Informar los proyectos de planes de estudios y títulos correspondientes a los diversos grados y especializaciones de formación profesional, así como las certificaciones de profesionalidad en materia de formación profesional ocupacional y, en su caso, su homologación académica o profesional con los correspondientes grados de formación profesional reglada, sin perjuicio de las competencias del Consejo Escolar del Estado en esta materia.

D) Consejo de Fomento de la Economía Social

Se crea en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas como órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, y se rige por lo dispuesto en la LES (art. 9.1). Está adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.5 RD 343/2012), sin participar en la estructura jerárquica de ésta. El Consejo es el órgano de colaboración, coordinación e interlocución de la economía social y la AGE.

El Consejo para el Fomento de la Economía Social está compuesto por representantes de la AGE, de las Administraciones autonómicas, de la asociación de entidades locales más representativa, de las confederaciones intersectoriales representativas de ámbito estatal, así como de las entidades sectoriales mayoritarias de la economía social que no estén representadas por las citadas confederaciones intersectoriales, de las organizaciones sindicales más representativas y por cinco personas de reconocido prestigio en el ámbito de la economía social designadas por el MEYSS (art. 9.3 LES). La Presidencia del Consejo corresponde a la persona titular de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 9.4 LES).

Las funciones principales que tiene encomendadas son, entre otras, las siguientes (art. 9.2 LES):

- Informar y colaborar en la elaboración de proyectos sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecten a entidades de la economía social.
- Elaborar los informes que se soliciten por el MEYSS y demás departamentos ministeriales.
- Evacuar informe previo en la elaboración y actualización del catálogo de entidades de la economía social del MEYSS.
- Informar los programas de desarrollo y fomento de la economía social.
- Realizar estudios e informes sobre cuestiones y problemas que afecten a la economía social y en especial sobre el refuerzo del conocimiento, presencia institucional y proyección internacional de la economía social.

E) Consejo Económico y Social

El Consejo Económico Social, previsto en el artículo 132.1 CE, fue creado por la Ley 21/1991, de 17 de junio, como un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, estando adscrito al MEYSS (art. 1.5 RD 343/2012).

El Consejo estará integrado por sesenta y un miembros, incluido su presidente. De ellos, veinte compondrán el grupo primero en representación de las organizaciones sindicales, veinte el grupo segundo, en representación de las organizaciones empresariales y veinte el grupo tercero, correspondiendo de ellos tres al sector agrario, tres al sector marítimo-pesquero, cuatro a consumidores y usuarios, cuatro al sector de la economía social, siendo los seis restantes expertos en las materias competencia del consejo (art. 2 Ley 21/1991).

Las funciones encomendadas al Consejo Económico y Social son las siguientes (art. 7 Ley 21/1991):

- Emitir dictamen con carácter preceptivo sobre:
  - Anteproyectos de Leyes del Estado y proyectos de Reales Decretos Legislativos que regulen materias socioeconómicas y laborales y proyectos de Reales Decretos que se considere por el Gobierno que tienen una especial trascendencia en la regulación de las indicadas materias. Se exceptúa expresamente de esta consulta el anteproyecto de LPGE.

  - Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencias o funcionamiento del Consejo.
  - Separación del Presidente y del Secretario General del Consejo.
  - Cualquier otro asunto que, por precepto expreso de una Ley, haya que consultar al Consejo.
- Emitir dictamen en los asuntos que, con carácter facultativo, se sometan a consulta del mismo por el Gobierno de la nación o sus miembros.
- Elaborar, a solicitud del Gobierno o de sus miembros, o por propia iniciativa, estudios o informes que, en el marco de los intereses económicos y sociales que son propios de los interlocutores sociales, se relacionen con las siguientes materias: economía, fiscalidad, relaciones laborales, empleo y Seguridad Social, asuntos sociales, agricultura y pesca, educación y cultura, salud y consumo, medio ambiente, transporte y comunicaciones, industria y energía, vivienda, desarrollo regional, mercado único europeo y cooperación para el desarrollo.
- Regular el régimen de organización y funcionamiento internos del Consejo de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.
- Elaborar y elevar anualmente al Gobierno, dentro de los cinco primeros meses de cada año, una memoria en la que se exponga sus consideraciones sobre la situación socioeconómica y laboral de la nación.

El Consejo deberá emitir su dictamen en el plazo que se fije por el Gobierno o los ministros, en su caso, en la orden de remisión del expediente o en la solicitud de consulta, no siendo inferior de quince días, salvo que el Gobierno haga constar la urgencia del mismo, en cuyo caso el plazo no podrá ser inferior a diez días.

F) Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos es un órgano colegiado, adscrito al MEYSS, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la AGE, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, con las siguientes funciones (Disp. Final 2.ª ET):

- El asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos y sobre el convenio colectivo de aplicación a una empresa, así como la consulta en el supuesto de extensión de un convenio colectivo.
- El estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma mediante el Observatorio de la Negociación Colectiva.
- La intervención en los procedimientos de solución de discrepancias en los casos de desacuerdo en el período de consultas para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos (art. 82.3 ET).

Esta Comisión Consultiva ha sufrido diversos avatares legislativos, ya que estaba prevista su desaparición hasta tanto no entrara en funcionamiento el Consejo de Relaciones Laborales y de la Negociación Colectiva que la iba a sustituir y que había sido creado por el artículo 7 del RDL 7/2011 que daba nueva redacción a la Disposición Final 2.ª del ET (Disp. Trans. 2.ª RDL MURNEC). Sin embargo, el RDL MURMEL previó que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos continuara realizando sus actividades (Disp. Adic. 5.ª1.ª) e incluso estableció un mandato al Gobierno para que en el plazo de un mes, a partir del 12 de febrero de 2012, regulara mediante RD la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, desarrollara sus funciones, estableciera sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones de la Dirección General de Empleo del MEYSS (Disp. Adic. 5.ª2.ª), mandato que no ha sido cumplido en plazo. Sin embargo, la LEMURMEL (Disp. Adic. 5.ª) ha dado nueva redacción a la Disposición Final 2.ª ET en la que se definen las funciones de la Comisión y se

deja a su posterior desarrollo reglamentario la composición y organización, así como los procedimientos de actuación y medidas de apoyo por parte de la Dirección General de Empleo. Este desarrollo reglamentario se ha producido por el RD 1.362/2012, de 27 de septiembre, que regula la composición y funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Las funciones a desarrollar por la Comisión son las siguientes (art. 3 RD 1.362/2012):

- Funciones consultivas en orden al planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios colectivos, así como emisión del preceptivo informe en los procedimientos de extensión de un convenio colectivo.
- Observatorio de la negociación colectiva, que englobará la información, el estudio, la documentación y la difusión de la misma.
- Funciones decisorias sobre la solución de discrepancias surgidas por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.

Respecto a su composición, la Comisión estará integrada por los siguientes miembros (art. 4 RD 1.362/2012): un Presidente que será designado por el titular del MEYSS, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, entre personas de reconocido prestigio en el ámbito de las relaciones laborales; seis vocales en representación de la AGE; seis vocales en representación de las organizaciones empresariales más representativas y seis vocales en representación de las organizaciones sindicales más representativas.

G) Comisión Laboral Tripartita de Inmigración

La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, es un órgano colegiado de carácter consultivo, adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría General de Inmigración y Emigración (art. 8.4 RD 343/2012) del que forman parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal (art. 1.1 OM 1.713/2005, de 3 de junio), cuya finalidad principal es asesorar a los órganos superiores y directivos del MEYSS, en las actuaciones específicamente relacionadas con la gestión de flujos migratorios, en materia laboral, posibilitando la participación de los agentes sociales en este ámbito.

La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración tendrá las siguientes funciones:

- Informar sobre el conjunto de la gestión de los flujos migratorios y el procedimiento ordinario de contratación de extranjeros no comunitarios.
- Informar sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.
- Informar al órgano competente del MEYSS sobre la propuesta de contingente con carácter previo a su elaboración.
- Informar sobre las propuestas de concesión de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada, cuando los puestos de trabajo ofertados en su conjunto supere el número de trescientos trabajadores.
- Informar y presentar propuestas a los órganos competentes de la AGE sobre cualesquiera otras circunstancias que interesen al colectivo de trabajadores inmigrantes en España, así como aquellas que redunden en una mejora de su integración social y laboral.

H) Comisión Consultiva de Patrimonio Sindical

La Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical es un órgano consultivo, adscrito al MEYSS, de naturaleza tripartita, cuya finalidad es efectuar propuestas y evacuar consultas en todo lo que afecte al patrimonio sindical acumulado.

La Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical tiene, entre otras, las siguientes funciones (art. 21 RD 1.671/86, de 1 de agosto):

- Efectuar propuestas de cesiones de los bienes y derechos del patrimonio sindical acumulado.
- Informar las solicitudes de cesiones de bienes y derechos que presenten los interesados.
- Informar las alteraciones y revocaciones que hayan de experimentar los actos administrativos de cesión.
- Conocer e informar sobre la gestión que efectúen las entidades beneficiarias respecto a los bienes cedidos, proponiendo la adopción de las medidas pertinentes.
- Conocer las sustituciones y permutas del patrimonio que se vayan a efectuar y ser oída en tales cuestiones, pudiendo formular las propuestas que, en tal sentido, considere procedentes.

I) Consejo del Trabajo Autónomo

El Consejo del Trabajo Autónomo, creado por el artículo 21 LETA, se constituye como órgano de naturaleza colegiada y de carácter consultivo que tiene por finalidad asesorar al Gobierno en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo, estando adscrito al MEYSS, a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 11 RD 1.613/2010, de 7 de diciembre y art. 2.5 RD 343/2012).

Las funciones del Consejo del Trabajador Autónomo son las siguientes:

- Emitir su parecer con carácter facultativo sobre:
  - Los anteproyectos de leyes o proyectos de Reales Decretos que incidan sobre el trabajo autónomo. En el supuesto de que se produjeran modificaciones que pudieran afectar al Estatuto de Trabajo Autónomo, el informe tendrá carácter preceptivo.
  - El diseño de las políticas públicas de carácter estatal en materia de trabajo autónomo.
  - Cualesquiera otros asuntos que se sometan a consulta del mismo por el Gobierno de la Nación o sus miembros.
- Elaborar, a solicitud del Gobierno o de sus miembros, o por propia iniciativa, estudios o informes relacionados con el ámbito de sus competencias.
- Elaborar su reglamento de funcionamiento interno.
- Cualesquiera otras competencias que le sean atribuidas legal o reglamentariamente.

El Consejo del Trabajo Autónomo estará compuesto por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la AGE, de las CCAA y de la asociación de Entidades locales más representativa en el ámbito estatal (art. 12 RD 1.613/2010, de 7 de diciembre).

J) Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos

El Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, previsto en el artículo 21.2 LETA, ha sido creado por el RD 1.613/2010, de 7 de diciembre, como órgano colegiado que tiene como finalidad el declarar la condición de asociación representativa de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en el ámbito estatal. Está adscrito al MEYSS a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 1 RD 1.613/2010 y art. 2.5 RD 343/2012).

El Consejo estará compuesto por cinco miembros, uno de los cuales ostentará la Presidencia y otro la Secretaría. Tres de los integrantes deberán tener la condición de personal funcionario del MEYSS y dos serán personas expertas de reconocido prestigio, imparciales e independientes (art. 2.1 RD 1.613/2010).

Corresponde al Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos declarar la condición de asociación profesional representativa de trabajadores autónomos en el ámbito estatal, por un período de cuatro años, según convocatoria pública. Para el cumplimiento de este fin el Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos tendrá, las siguientes facultades (art. 3.1 RD 1.613/2010):

- Dictar resolución de condición de asociación profesional representativa de trabajadores autónomos en el ámbito estatal.
- Solicitar a través del órgano competente la documentación oportuna a las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.
- Recabar y analizar la información disponible en el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.
- Cualesquiera otras que coadyuven a la acreditación y declaración de la condición de asociación representativa de trabajadores autónomos en el ámbito estatal.

K) Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo

La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo es el órgano colegiado asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención y el órgano de participación institucional en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (art. 13 LPRL). Está adscrito al MEYSS a través de la Secretaría de Estado de Empleo (art. 2.5 RD 343/2012).

La Comisión estará integrada por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la AGE y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

La Comisión conocerá las actuaciones que desarrollen las Administraciones públicas competentes en materia de promoción de la prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control y podrá informar y formular propuestas en relación con dichas actuaciones, específicamente en lo referente a:

- Criterios y programas generales de actuación.
- Proyectos de disposiciones de carácter general.
- Coordinación de las actuaciones desarrolladas por las Administraciones públicas competentes en materia laboral.
- Coordinación entre las Administraciones públicas competentes en materia laboral, sanitaria y de industria.

La Comisión adoptará sus acuerdos por mayoría. A tal fin, los representantes de las Administraciones públicas tendrán cada uno un voto y dos los de las organizaciones empresariales y sindicales.

L) Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atencióna la dependencia

El Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ha sido creado por el artículo 40 de la Ley 39/2006, como órgano asesor, adscrito al MEYSS, mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el Sistema y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el mismo.

Las funciones del Comité serán las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento de dicho Sistema (art. 40.2 Ley 39/2006).

La composición del Comité tendrá carácter tripartito, en tanto que integrado por las Administraciones públicas, las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales, y paritario entre Admi-

nistraciones públicas por una parte y organizaciones sindicales y empresariales por otra, en los términos establecidos en el siguiente apartado. Los acuerdos del Comité se adoptarán por mayoría de los votos emitidos en cada una de las partes, requiriendo así la mayoría de los votos de las Administraciones Públicas y la mayoría de los votos de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 40.3 Ley 39/2006).

IV. ADMINISTRACIÓN LABORAL AUTONÓMICA

1. Estructura

Las CCAA han organizado su propia Administración Laboral siguiendo el modelo de estructura establecido por la AGE para el MEYSS, con una estructura central y otra periférica.

A) Estructura Central

Esta Administración laboral se ha organizado en Departamentos o en Consejerías, las cuales han asumido las funciones ejecutivas traspasadas por el Estado en materia de relaciones laborales, empleo, economía social, cooperativas y autoempresas y formación profesional y continua. Además, el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, actualmente Departamento de Empresa y Empleo, ha asumido competencias en materia de autorizaciones administrativas iniciales en materia de extranjería, a partir de 1 de octubre de 2009, y las funciones de la Inspección de Trabajo, a partir de 1 de marzo de 2010, con el consiguiente traspaso de efectivos, respecto de las materias transferidas. En el País Vasco las funciones de la Inspección de Trabajo han sido traspasadas en fecha 1 de enero de 2012.

El segundo escalón de los Departamentos o Consejerías encargados de la política de empleo y trabajo lo ocupa una figura análoga a la del Subsecretario del MEYSS, con nombres diversos según CCAA (Secretario General en Cataluña), cuyas funciones básicamente consisten en asumir la jefatura de personal de todo el Departamento o Consejería, coordinar los programas y actuaciones de las diferentes Direcciones Generales, tramitación de las disposiciones generales y en general, todo lo relativo a la organización, racionalización administrativa y apoyo técnico y jurídico del Departamento o Consejería.

La organización administrativa de los Departamentos o Consejerías se estructura, también, en Direcciones Generales, cuya misión consiste en ejecutar la política del Departamento o Consejería en las materias de su competencia.

Dentro de estas Direcciones Generales, se puede destacar la que asume la ejecución de la legislación laboral, la cual recibe distintos nombres según CCAA, tales como de Relaciones Laborales, de Trabajo o de Empleo. Esta Dirección General, presente en todos los Departamentos o Consejerías encargados de la política de empleo y trabajo, además de la ejecución de la legislación laboral suele asumir, además, competencias en materia de regulación de empleo; ejecución de la legislación de prevención de riesgos laborales; ejecución de la potestad sancionadora en el orden social; dirección de los registros de convenios, de asociaciones empresariales y sindicales, de elecciones sindicales y de ETT, y el seguimiento de la contratación.

Además de la citada Dirección General, suelen existir otras cuya actividad consiste en el fomento y gestión de diversas materias, tales como la creación de empresas y cooperativas o la promoción del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del trabajo. También destacamos por su unicidad, la Dirección General de la Inspección de Trabajo de Cataluña (Decret 25/2010, de 2 de marzo), creada a raíz del traspaso de la Inspección de Trabajo a Cataluña.

B) Administración Periférica

A nivel periférico las distintas CCAA han organizado sus servicios de manera análoga a como lo hizo el MEYSS, con sus extintas Delegaciones de Trabajo y posteriormente Direcciones Provinciales de Traba-

jo, existiendo servicios territoriales a cuyo frente está un Director o Jefe Provincial, con sus correspondientes secretarías y sus distintas secciones y negociados.

Las funciones que asumen estos servicios territoriales de los Departamentos o Consejerías encargados de la política de empleo y trabajo son:

- Registro y depósito de estatutos sindicales.
- Registro de convenios de ámbito provincial o menor; publicación e impugnación ante la jurisdicción social.
- Elecciones sindicales: registro promoción, acta escrutinio, revocaciones, sustituciones, dimisiones.
- Conflictos laborales: mediación, conciliación y en su caso arbitraje.
- Huelgas y cierres patronales: mediación, conciliación y arbitraje.
- Autorizaciones de trabajo de menores en espectáculos públicos.
- Imposición de sanciones.
- Autorizaciones iniciales de permisos de trabajo (en Cataluña, a partir de 1-10-2009).

2. Órganos consultivos

Las CCAA también han creado una serie de órganos de carácter consultivo, adscritos a los Departamentos o Consejerías encargados de la política de empleo y trabajo, con el fin de fomentar la participación social y el diálogo con los agentes social. Algunos de estos órganos se han creado a imagen y semejanza con los ya existentes en el Estado.

A) Consejos de Relaciones Laborales

Los Consejos de Relaciones Laborales son órganos colegiados, de participación institucional, de diálogo y de concertación social en materia de relaciones laborales entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de las CCAA y la propia Administración autonómica.

Las funciones que se le encomiendan son, entre otras, las siguientes:

- Actuar como instrumento consultivo, de propuesta y asesor en materia socio-laboral del Departamento o Consejería encargado de la política de empleo y trabajo.
- Fomentar el diálogo entre interlocutores sociales y con las Instituciones, así como la mejora de las relaciones laborales.
- Actuar como órgano asesor y de consulta en materia de negociación colectiva.
- Actuar como órgano de consulta de la Autoridad Laboral en los supuestos de extensión de Convenios Colectivos.
- Informar, asesorar, promover y realizar el seguimiento de las campañas que en el orden de lo social se den en el ámbito de las CCAA, así como recibir y analizar la información relativa a infracciones y sanciones.
- Informar y analizar periódicamente los datos actualizados sobre las distintas materias de trabajo y relaciones laborales y elaborar estadísticas al respecto.

B) Consejos Económicos y Sociales

Estos Consejos de carácter autonómico se configuran como organismos de Derecho público, dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad, cuya finalidad es la consulta y participación institucional de los agentes sociales y la Administración Autonómica en las materias socioeconómica y laboral.

Las funciones de estos Consejos autonómicos no difieren sustancialmente de las encomendadas al Consejo Económico Social. No obstante, podemos citar las siguientes:

- Fomentar la participación de los agentes sociales en la política económica y social de las CCAA:
  - Elaborando informes y recomendaciones, preceptivos pero no vinculantes, sobre los proyectos de ley y de decreto que le son remitidos por el Gobierno Autonómico.
  - Elaborando informes sobre otras cuestiones en materias económicas y sociales que soliciten los Parlamentos o Asambleas Autonómicos o los propios Gobiernos Autonómicos.
- Ser instrumento de información, consulta y asesoramiento para todas las Instituciones de la Comunidad Autónoma en los asuntos económicos y sociales que afecten a la Comunidad:
  - Organizando reuniones, conferencias y debates para buscar la participación de personas cualificadas técnicamente o representativas de los sectores sociales y económicos de la Comunidad.
  - Igualmente elabora estudios en aquellas materias sociales, laborales y económicas que atañen a la Comunidad Autónoma, publicando informes, memorias y documentos.
- Emitir dictámenes que le soliciten las organizaciones sociales, económicas o profesionales representativas sobre asuntos de su competencia y con trascendencia para la Comunidad Autónoma.
- Por propia iniciativa, puede elaborar resoluciones o informes en materia económica o social y emitir recomendaciones para la aplicación de las disposiciones generales de carácter socioeconómico.

BIBLIOGRAFÍA

I. Derecho administrativo del trabajo

González de Lena, F.: «La intervención de la Administración en las Relaciones Laborales», *RL*, tomo I/1990.

González Ortega, S.: «Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo», en AAVV: *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, Sevilla, 1989.

González Ortega, S.; García Murcia, J., y Elorza Guerrero, F. (coords.): *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social. Libro homenaje al Profesor Fermín Rodríguez-Sañudo*, Sevilla, 2011.

López Pena: «Los orígenes del intervencionismo liberal en España, Instituto de Reformas Sociales», *RT*, n.º 25/1969.

Mercader Uguina, J.: *Derecho Administrativo Laboral*, Valencia, 2004.

Navarro, M. J.: *Policía del trabajo. Derecho administrativo laboral: actuación de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Buenos Aires, 2010.

Valdés Dal-Ré, F.: «La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción», *RL*, n.º 1, año XXV.

II. Administración laboral

Alonso Olea, M., y Montoya Melgar, A.: «La Administración Social Española», *RICA*, n.os 2 y 3.

Comisión de Reformas Sociales: *La clase obrera a finales del siglo xix*, Madrid, 1970.

— *Información oral y escrita 1889-1893*, 1987.

De la Villa Gil, L. E.: *Los orígenes de la Administración Laboral en España*, Madrid, 1969.

— *Nacimiento del Derecho Obrero en España*, Actas del I Symposium de Historia de la Administración, 1970.

— «Centenario del Instituto de Reformas Social», *RMTAS*, 2003.

González de Lena Álvarez, F.: «Diez años de Administración Laboral», *RL*, La Ley, 5.737/2002.

Hernández Vigueras, J.: «Administración Pública y relaciones laborales», *REDT*, n.º 79/1996.

Instituto de Reformas Sociales: *Catálogo de documentos y régimen de debates parlamentarios sobre cuestiones sociales*, Madrid, 1910.

Martín Jiménez, R.: «Recensión al libro "El Instituto de Reformas Sociales y los orígenes de la Administración Laboral" de Juan Gil Plana», *REDT*, n.º 125/2005.

Ortega Álvarez, L.: «Administración periférica y descentralización: la presencia territorial del Gobierno de la Nación en el marco de un Estado autonómico y miembro de las Comunidades Europeas», *DA*, n.º 214.

Pérez Calvo, A.: «Administración periférica del Estado: el delegado del Gobierno en el estado autonómico», *RJN*, n.º 32/2001.

Rojo Torrecilla, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, n.º 18/1997.

Valdés Dal-Ré, F.: «El Derecho del Trabajo en la Segunda República», *RL*, n.º 8/2006.

III. Administración laboral del estado

Aguilera Izquierdo, R.: «El Consejo Económico Social, los Consejos Económicos y Sociales autonómicos y los Consejos de Relaciones laborales», REDT, n.º 90/1998.

Cavas Martínez, F.: «El Fondo de Garantía Salarial (art. 33)», REDT, n.º 100/2000.

Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: *Los Consejos Económicos Sociales: España y otros países comunitarios*, Madrid, 1993.
Ríos Salmerón, B.: *Comentario al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. El Fondo de Garantía Salarial*. Grandes Tratados, Pamplona, 2007.
Valdés Dal-Ré, F.: «Cooperación y coordinación entre los Servicios Públicos de Empleo», *RL*, n.º 4/2009.
— «Servicios públicos de empleo, crisis económica y paro», *RL*, tomo 2, 1993.
VVAA: «Servicios Públicos de Empleo. Una mejora inaplazable para afrontar el presente y el futuro», *RL*, n.º 14/2010.
— *Guía Laboral del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2010.

IV. Administración laboral autonómica

Casas Bahamonde, M. E.: «Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional», *RL*, I, 1985.
— «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral, de empleo y emigración», *REDC*, n.º 23/1988.
De la Villa Gil, L. E., y Desdentado Bonete, A.: «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales.
Mulas García, A.: *La materia laboral y de Seguridad Social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 1984.
Navarro Nieto, F.: «Empleo, inmigración y marco autonómico de relaciones laborales», *AS*, n.º 7/2008.
Pérez Amorós, F.: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de política de empleo», *RT*, n.º 83/1986 y *RT*, n.º 26/1986.
Rodríguez-Arana Muñoz, J.: «El modelo de Administración autonómica: hacia la Administración única», *Diario La Ley*, tomo 4, 1992.
Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: «La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo», *RL*, n.º 20/2009.
Sempere Navarro, A. V.: «Establecimiento y sanción de obligaciones laborales por las Comunidades Autónomas», *RPS*, n.º 88/1982.
— «Competencia de la Administración Autonómica en materia de Convenios Colectivos», *RPS*, n.º 141.
Sobrino González, G. M.: «El Servei Catalá de Col.locació y el LANGAI: dos modelos diferentes de servicios autonómicos de empleo y ambos recurrentes a las entidades colaboradoras», *RL*, n.º 18/2007.

CAPÍTULO 22:
INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

En este segundo y último capítulo del Derecho Administrativo del Trabajo se abordará el estudio de la ITSS y dos cuestiones íntimamente relacionadas con la misma: la potestad sancionadora de la Administración Laboral y el procedimiento administrativo sancionador.

La ITSS es una institución centenaria y clave en el devenir del Derecho del Trabajo, creada con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la normativa del orden social. Se analizará desde su origen en 1906 hasta nuestros días, con los profundos cambios que se están produciendo en su estructura orgánica como consecuencia de la nueva organización territorial, cuya primera manifestación ha sido el traspaso orgánico y funcional del personal inspector a la Generalitat de Cataluña y que exigen una modificación sustancial de la LOITSS. También se estudiará, pormenorizadamente, las funciones de la ITSS, las facultades del personal inspector en el ejercicio de esas funciones y las medidas que pueden adoptar para el cumplimiento de los fines encomendados, y se concluirá haciendo un repaso a todos los tipos de Actas de Infracción o de Liquidación que puedan ser extendidos por la ITSS.

La segunda materia cuyo estudio se abordará en este capítulo es la potestad sancionadora de la Administración Laboral. Empezando desde su época de formación a finales del siglo xix y se continuará con el estudio de su evolución hasta llegar a nuestros días con la promulgación de la CE de 1978, la cual ha impuesto importantes cambios, tanto en los órganos competentes sancionadores (dualidad en la Administración Laboral, entre Estado y CCAA) como en el orden de garantías para los administrados, estableciendo unos límites a dicha potestad sancionadora de la Administración y fijando unos principios generales aplicables al ius puniendi del Estado. Una vez establecidas estas consideraciones de carácter general se pasará a estudiar de una manera específica las infracciones administrativas en el orden social, haciendo hincapié en su concepto, en los sujetos responsables, en la prescripción y en los distintos tipos de infracción, para concluir con el análisis de los distintos tipos de sanciones administrativas, sus clases y con el estudio de los criterios de graduación y prescripción de las sanciones.

El capítulo se cerrará abordando el procedimiento sancionador en materia socio laboral, con sus principios informadores de carácter general, para seguidamente centrarnos en el estudio de las actividades inspectoras previas al inicio del expediente administrativo sancionador y a las distintas fases de dicho procedimiento: inicio, tramitación y resolución, para concluir con el estudio de los recursos contra las resolución administrativa sancionadora.

I. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La ITSS fue creada hace más de cien años con el fin de garantizar el cumplimiento de la naciente normativa laboral. Desde entonces ha desempeñado un papel crucial en el devenir del Derecho del Trabajo, garantizando su efectividad, hasta el punto que la historia de la legislación laboral se puede considerar como la historia de la Inspección de Trabajo, como sostiene una buena parte de la doctrina científica. Lo cierto es que solamente a partir del nacimiento de esta institución se puede hablar de un verdadero Derecho del Trabajo, ya que hasta ese momento las leyes laborales eran unas meras declaraciones programáticas ajenas al poder coactivo del Estado.

1. Naturaleza y orígenes

Los orígenes remotos de la ITSS se ha tratado de buscarlos en la Edad Media en la figura de los veedores, cuya misión consistía en inspeccionar determinados aspectos de la producción de las Corporaciones gremiales y también, durante la Edad Moderna, en las funciones que tenían encomendadas los oidores-visitadores, Delegados de la Corte y de los Virreyes, respecto del cumplimiento de las disposiciones dictadas para proteger a los indios trabajadores (Leyes de Indias, Libro IV, Título XXVI, Ley 1.ª).

Sin necesidad de remontarnos a siglos lejanos, se puede afirmar que los antecedentes inmediatos de la ITSS se pueden encontrar a principios del siglo xx, concretamente en el año 1904, cuando se aprueba el Reglamento Provisional de la Inspección Industrial (RD 19-2-1904), con el objeto de crear un cuerpo inspector de las relaciones laborales, encomendándose tal cometido a funcionarios del negociado de Industria y Trabajo del Ministerio de Agricultura.

Sin embargo, no sería hasta el 1 de marzo de 1906, cuando se aprobara mediante Real Decreto el Reglamento de la Inspección de Trabajo, a la que se encomendó la vigilancia del cumplimiento de la Ley de Accidentes de 30 de marzo de 1900, de la Ley sobre trabajo de mujeres y menores de 13 de marzo de 1900, de la Ley de descanso dominical de 3 de marzo de 1904 y de cuantas leyes se dictaran en el futuro en materia laboral.

La Inspección de Trabajo inició su andadura administrativa bajo la dependencia del Instituto de Reformas Sociales, el cual la dotó de una organización que serviría de modelo en los trabajos realizados en la Quinta Conferencia de la OIT, celebrada en 1923, preparatorios de los Convenios que años más tarde se aprobarían.

Las funciones inspectoras se regulan en 1909 y a partir de dicha fecha, todas las leyes de carácter laboral encomiendan la vigilancia y cumplimiento de sus preceptos a los Inspectores de Trabajo, los cuales hacían propuestas de sanción en caso de incumplimiento, que resolvían las autoridades gubernativas. En 1920 se crea el MT y cuatro años más tarde, dentro del mismo, nace una Inspección General que más tarde se desglosaría en Inspecciones Regionales. En 1932 se modifica orgánicamente el MT, creándose las Delegaciones de Trabajo en cada una de las provincias, por lo que la Inspección de Trabajo deja de tener carácter regional para organizarse por provincias, como servicio dependiente de la Dirección General de Trabajo.

En 1939, recién acabada la guerra civil, se creó el Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo (Ley 15-12-1939), el cual refundió en un solo organismo la Inspección de Trabajo (creada en 1906), la de Seguros Sociales (creada en 1921) y la de emigración (creada en 1907).

En 1962 se promulgó la Ley Orgánica de la Inspección de Trabajo (Ley 21 de julio de 1962) y años más tarde sus reglamentos de desarrollo (RRDD 23-7-1971).

En la actualidad, la ITSS está regulada por la LOITSS de 1997, que derogó la Ley de 1962, la cual ha sido desarrollada reglamentariamente por el RESOS (RD 928/1998) y por el ROFIT (RD 138/2000).

Esta normativa va ser objeto de una importante modificación para adaptarla, entre otras cosas, al nuevo modelo de organización territorial de la ITSS, como consecuencia del traspaso de la ITSS a las

CCAA, traspaso que ya se ha hecho efectivo en Catalunya para una parte del personal inspector y personal administrativo, a partir de 1 de marzo de 2010 y al País Vasco a partir de 1 de enero de 2012.

De acuerdo con la normativa referida, la ITSS aparece constituida como un sistema integrado por un conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; colocación, empleo y protección por desempleo; cooperativas; migración y trabajo de extranjeros, y de cuantas otras materias le sean atribuidas (art. 1.1 LOITSS).

De una manera más específica, la ITSS tiene la consideración de servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y los Convenios números 81 y 129 de la OIT (art. 1.2 LOITSS).

2. Estructura orgánica y funciones

A) Estructura orgánica

La ITSS se estructura en dos grupos de órganos: los de participación y colaboración de las Administraciones Públicas y los órganos de gestión inspectora propiamente dichos.

a) Órganos de participación y colaboración de las Administraciones Públicas

Los poderes públicos garantizarán el ejercicio y la eficacia de las funciones de la ITSS, bajo los principios generales de colaboración, coordinación y cooperación recíproca, a través de los siguientes órganos: La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 15.3 LOITSS).

a') Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales

La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales es el órgano de participación y colaboración entre la AGE y las CCAA en el que se arbitran las medidas necesarias para garantizar los mecanismos de cooperación requeridos para el ejercicio de las funciones de la ITSS (art. 16 LOITSS) bajo los principios de concepción única e integral del sistema de ITSS.

b') Comisiones Territoriales de la ITSS, Consorcio u otros mecanismos análogos de cooperación bilateral

En cada CA existirá una Comisión Territorial de la ITSS, como órgano de colaboración bilateral, presidida por la autoridad designada por dicha Comunidad (art. 16.4 LOITSS), con el objeto de establecer los objetivos y programas de actuación ordinaria de la ITSS en sus distintas áreas funcionales, así como los programas de interés autonómico o estatal que se consideren, y el seguimiento y control de los resultados, así como los medios y colaboraciones que se estimen precisos para su cumplimiento (art. 16.2 LOITSS).

Además, con la finalidad de adaptarse a la nueva realidad surgida tras los traspasos de la función inspectora a las CCAA de Cataluña y País Vasco han surgido otros órganos de cooperación bilateral como son el Consorcio u otros mecanismos de cooperación análogos.

b) Órganos de gestión inspectora

La ITSS se ha venido estructurando en una Autoridad Central y, territorialmente en Inspecciones Provinciales agrupadas en cada CA (art. 15.2 LOITSS).

La Autoridad Central de manera transitoria sigue radicando en la Dirección General de la ITSS (OM 12-2-1998), adscrita al MEYSS, a través de la Subsecretaría de Empleo y de Seguridad Social, por lo tanto, el sistema de ITSS dependerá orgánicamente de dicha Dirección General y funcionalmente de la Administración competente por razón de la materia de los asuntos en que intervenga (art. 18.2 LOITSS). Estos extremos se han visto alterados con el traspaso del personal inspector a la Generalitat de Cataluña (RD 206/2010, de 26 de febrero) y al País Vasco (RD 895/2011, de 24 de junio), lo que ha motivado su dependencia orgánica y funcional a la Generalitat de Cataluña desde el 1 de marzo de 2010 y al País Vasco desde 1 de enero de 2012, por lo que se impone una modificación en profundidad de la LOITSS acorde con la nueva organización territorial.

Los servicios territoriales de la ITSS están organizados por provincias, aunque en la capitalidad de cada CA existe una Dirección Territorial, que forma parte de la Comisión Territorial de dicha Comunidad, consorcio o mecanismo análogo de colaboración y coordina las actuaciones de las distintas inspecciones provinciales de su ámbito geográfico. No obstante, también tienen atribuidas funciones operativas respecto a la organización, coordinación y ejecución de operaciones y actuaciones inspectoras en materia de afloramiento del empleo irregular; lucha contra el fraude en prestaciones del sistema de Seguridad Social; incumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social; aplicación y obtención indebida de bonificaciones o reducciones de cuotas u otros incentivos y cualesquiera otras que en estas materias les sean encomendadas por la Autoridad Central en la esfera de su competencia (art. 2 O. ESS/1.784/2012, de 2 de agosto). Al frente de cada inspección provincial existe un jefe de ITSS, asistido por un Jefe adjunto, si lo hubiera, y por los Jefes de Unidad de Seguridad Social y de Salud y Seguridad en el Trabajo. Completa el organigrama los Jefes de Equipo de Inspección, a cuyo cargo están los Subinspectores de Empleo y de Seguridad Social. Este sistema organizativo se ha visto afectado, igualmente, tras el traspaso de la ITSS a la Generalitat de Cataluña, dado que en el territorio de Cataluña existe actualmente una dualidad de órganos de la ITSS y de la ITC, cada uno con su propia organización (la ITC se regula por la LACIT y hasta tanto no entre en funcionamiento o se derogue definitivamente, por los arts. 99 a 111 del Decret 63/2015, de 28 de abril, por el que se reestructura el Departament d'Empresa i Ocupació), pero coordinados a través del Consorcio de la Inspección de Trabajo creado al efecto (Convenio de Colaboración de 30-4-2010 suscrito entre el MTI y el entonces Departamento de Trabajo de la Generalidad por el que se constituye el Consorcio de la Inspección de Trabajo), sin perjuicio de la vigencia del principio de unidad de acto en las actuaciones inspectoras. A partir de 1 de enero de 2012 se ha producido el traspaso de funciones y servicios al País Vasco en materia de función pública inspectora de la ITSS (RD 895/2011, de 24 de junio), por lo que el proceso iniciado en Cataluña se empieza a extender al resto de CCAA.

B) Funciones

La función inspectora será desempeñada en su integridad por funcionarios del Cuerpo Superior de ITSS y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, con las limitaciones propias por razón de la materia.

a) Funciones

Las funciones desempeñadas por la ITSS serán las siguientes (art. 3 LOITSS):

- Vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos, en los siguientes ámbitos:
  - Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

- Prevención de riesgos laborales.
- Sistema de Seguridad Social.
- Empleo y migraciones.
- Cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la ITSS y, en particular, las relativas a cooperativas y otras fórmulas de economía social, las relativas a las condiciones de constitución de sociedades laborales, salvo que la respectiva legislación autonómica disponga lo contrario y en su ámbito de aplicación, así como la aplicación de las subvenciones y ayudas establecidas en programas de apoyo a la formación profesional para el empleo (art. 20.2 RDL-RESIFOE).

- De asistencia técnica:
  - Facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.
  - Prestar asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, a los servicios públicos de empleo y a las autoridades competentes de la AGE y de las CCAA cuando les sea solicitada.
  - Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones públicas respecto a la aplicación de normas de orden social, o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.
  - Emitir los informes que le recaben los órganos judiciales competentes, en el ámbito de las funciones y competencias inspectoras cuando así lo establezca una norma legal.
- De conciliación y mediación y arbitraje:
  - La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos.

    La información obtenida en funciones de conciliación y mediación no será utilizada en el ejercicio de las funciones de vigilancia y exigencia de cumplimiento de las normas de orden social.
  - El arbitraje en conflictos laborales y huelgas, u otros supuestos en los que esté legalmente previsto, cuando las partes expresamente lo soliciten, sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos.

    La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicitan cualquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

b) Facultades

En el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la ITSS están facultados (art. 5 LOITSS) para:

- Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo, salvo que se trate del domicilio de una persona física, en cuyo caso deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.
- Hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora.

- Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observen correctamente y, en particular, para:
  - Requerir información, sólo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado.
  - Exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, de los perceptores o solicitantes de prestaciones sociales y de cualesquiera sujetos incluidos en su ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante.
  - Examinar en el centro de trabajo la documentación y los libros de la empresa con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como: libros, registros, incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad, documentos de inscripción, afiliación, alta, baja, justificantes del abono de cuotas o prestaciones de Seguridad Social, documentos justificativos de retribuciones, documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección. El inspector está facultado para requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes y cuando dichos libros y documentos se conserven en soporte electrónico, deberán suministrarse en dicho soporte y en formato compatible con los de uso generalizado, cuando fuese requerido.
  - Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al empresario o a su representante.
  - Adoptar, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas al fin que se persiga, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada en el apartado anterior, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

c) Medidas

De las actuaciones inspectoras practicadas se podrán adoptar, entre otras, las siguientes medidas (art. 7 LOITSS):

- Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes.
- Extender un Requerimiento al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.
- Informar o proponer la sustitución de sanciones accesorias por la implantación de un plan de igualdad, en los términos previstos en la LOI.
- Requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, subsane las deficiencias observadas en materia de prevención de riesgos laborales.

- Requerir a las Administraciones Públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción, de infracción por obstrucción.

En materia de Seguridad Social:

- Efectuar requerimientos de pago por deudas a la Seguridad Social, así como iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas, mediante la práctica de actas de liquidación.
- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Promover procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que proceda.
- Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.

En materia de salud, seguridad e higiene:

- Instar del INSS la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de AT o EP causados por falta de medidas de seguridad e higiene.
- Proponer recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de AT y EP, en relación a empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laborales, con sujeción a la normativa aplicable.
- Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.
- Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la jurisdicción social en la forma prevista en la LJS.

3. Actas de la Inspección de Trabajo

Una de las medidas que puede adoptar la ITSS, en el ejercicio de sus funciones, es la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, mediante la extensión de Acta de infracción o la iniciación de un procedimiento de exacción de cuotas a la Seguridad Social, mediante la extensión de Acta de Liquidación. Además de estos dos tipos de Actas, la ITSS también podrá extender Actas de Advertencia y Actas de obstrucción.

A continuación se va a estudiar cada uno de los tipos de Actas, si bien debe hacerse constar que las Actas extendidas por los Subinspectores de Empleo y de Seguridad Social necesitan la verificación de un Inspector de Trabajo (art. 8.4 Ley 42/1997 y art. 27 RD 138/2000, de 4 de febrero), y que tanto las extendidas por Inspectores y Subinspectores gozan de presunción de certeza respecto a los hechos constatados, siempre que las mismas hubieran observado los requisitos legales, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados (Disp. Adic. 4.ª2.º LOITSS).

A) Actas de Advertencia

La extensión de este tipo de Actas está prevista no solamente en nuestra legislación (art. 49 LISOS), sino también en la internacional (art. 17.2 Convenio n.º 81 OIT y 22.2 del Convenio n.º 129 OIT).

Procederá extender Acta de Advertencia cuando se haya producido un incumplimiento de la normativa del orden social del que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores. En el Acta de Advertencia, que en todo caso se hará por escrito o por medio de diligencia en el Libro de Visitas de la ITSS (art. 14.3 LOITSS, según redacción dada por el art. 40 LAEI), se hará constar el incumplimiento observado y la forma y plazo para su subsanación. Asimismo, se advertirá que el incumplimiento de la medida propuesta dará lugar a la extensión de Acta de infracción.

B) Actas de Infracción

Las actas extendidas por la Inspección de Trabajo tienen la naturaleza de documentos públicos (art. 15 RD 928/2008) y procederá su levantamiento cuando se constate por parte de la ITSS incumplimientos a la normativa del orden social.

Las actas de infracción de la ITSS iniciarán el expediente administrativo sancionador y necesariamente habrán de reflejar (art. 14 RESOS según redacción dada por el art. único.5 del RD 772/2011, de 3 de junio):

- Identificación completa del presunto o presuntos sujetos infractores (nombre y apellidos, razón social, domicilio, actividad, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y en su caso, número de Seguridad Social del autónomo presunto responsable), así como de los responsables subsidiarios o solidarios, si los hubiere, en cuyo caso, se hará constar también tal circunstancia, fundamentación fáctica y jurídica de su presunta responsabilidad.
- Los hechos comprobados, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción.
- Los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta.
- Los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta da sanción.
- La forma en que se ha llevado la actuación: visita, comparecencia o por expediente administrativo.
- La infracción o infracciones presuntamente cometidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados y su calificación.
- La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación, que será el total de las sanciones propuestas si se denunciará más de una infracción. Se incluirán expresamente la propuesta de las sanciones accesorias que procedan como vinculadas a la sanción principal.
- Órgano competente para resolver y órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador y plazo para la interposición de alegaciones ante el mismo.
- Identificación del funcionario que levanta el acta de infracción y firma del mismo y, en su caso, visado del inspector de trabajo y con su firma e indicación del que la efectúe.
- Fecha del acta de infracción.

Dentro de las Actas de infracción se distinguirán las siguientes modalidades:

a) Actas de infracción con estimación de perjuicios económicos

Una modalidad de Acta de infracción es la de estimación de perjuicios económicos para los trabajadores, en la cual deben hacerse constar de manera pormenorizada dichos perjuicios y además deberán contener todos los requisitos exigidos para la validez de las demandas, ya que a través de dicha Acta de Infracción

se inicia el procedimiento de oficio previsto en el artículo 148.a) LJS, al objeto de que por el juzgado de lo social se pronuncie sobre su existencia o no (art. 14.3 RESOS).

b) Actas de Infracción coordinadas con Actas de Liquidación

Existen Actas de infracción en materia de Seguridad Social que se tramitan coordinadamente con Actas de Liquidación, pero en documentos separados (art. 14.4 RESOS). Estas Actas de infracción coordinadas deberán reunir los siguientes requisitos (art. 34 RESOS según redacción dada por el art. único.17 del RD 772/2011, de 3 de junio):

- Las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos tendrán los requisitos formales exigidos para las mismas. El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente.
- Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente.
- En las actas de infracción coordinadas, sólo cabrá la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación.
- El procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación. La propuesta de resolución será única para ambas actas, y corresponderá hacerla al Jefe de Unidad Especializada de Seguridad Social de la ITSS, siendo el órgano competente para su resolución la TGSS (art. 31.2 y 4 LGSS según redacción dada por la Ley 23/2009, LPGE para 2010 y O. TIN/2.076/2010, de 27 de julio). En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer.
- Las sanciones contenidas en el Acta de infracción coordinada con un Acta de Liquidación se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el sujeto infractor manifiesta su conformidad con la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo procedente (art. 40.3 LISOS).

c) Actas de infracción de prevención de riesgos laborales por hechos comprobados por técnicos habilitados

Las Actas de Infracción en materia de prevención de riesgos laborales que se extiendan como consecuencia de la comunicación efectuada por los técnicos habilitados de seguridad e higiene (art. 9.2 y 3 LPRL), deberán contener (art. 40.2 RESOS):

- La identificación del empresario o sujeto responsable.
- La identificación del técnico habilitado actuante que emitió el informe con expresión de su habilitación.
- El relato de los hechos que será el mismo que figura en el informe del técnico habilitado.
- Los medios utilizados por el funcionario técnico habilitado en su comprobación.

La fecha y el contenido del requerimiento de subsanación de la infracción observada, emitido por el técnico habilitado actuante, así como la fecha en que comprobó e hizo constar documentalmente su incumplimiento.

C) Actas de Obstrucción

Las Actas de Obstrucción, cuya tramitación no difiere de las Actas de Infracción, se extienden en los siguientes supuestos (art. 50 LISOS):

- Cuando existan retrasos injustificados en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia ante la ITSS.
- Cuando a través de acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, se impida la entrada o permanencia en el centro de trabajo del personal inspector, así como la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.
- Cuando se ejerza coacción, amenaza o violencia sobre el personal inspector.
- Cuando el empresario no entregue en soporte informático la información requerida para el control de sus obligaciones en materia de régimen económico de la Seguridad Social, cuando esté obligado o acogido a la transmisión electrónica de liquidaciones de cuotas o de datos de cotización.

D) Actas de Liquidación

Procederá la formulación de Actas de Liquidación en las deudas por cuotas en los siguientes supuestos (art. 31 LGSS):

- Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.
- Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, resulten o no directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, dentro o fuera de plazo.
- Por derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y régimen de la Seguridad Social aplicable, y en base a cualquier norma con rango de Ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social.
- Por aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la seguridad social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo.

Las Actas de Liquidación extendidas por el personal inspector contendrán los siguientes requisitos (art. 32.1 RESOS, modificado por el art. único del RD 103/2010, de 5 de febrero):

- Determinación del Régimen de Seguridad Social de aplicación.
- Identificación del sujeto o sujetos responsables, así como del presunto responsable solidario o subsidiario y del motivo de su presunta responsabilidad.
- Los hechos comprobados por el funcionario actuante como motivadores de la liquidación y los elementos de convicción de que ha dispuesto en la labor inspectora.
- Las disposiciones infringidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados.
- Los datos que hayan servido de base para calcular el débito: período de descubierto, relación nominal y grupo de cotización de los trabajadores afectados o, en su caso, relaciones contenidas en las declaraciones oficiales formuladas por el presunto responsable, referencia suficientemente identificadora del contenido de tales declaraciones, o relaciones nominales y de datos facilitadas y suscritas por el sujeto responsable; bases y tipos de cotización aplicados, y cuantos otros datos pueda el funcionario actuante obtener o deducir a los fines indicados. En los casos de que los datos de los documentos de cotización discreparen de los contenidos en las comunicaciones de inscripción de empresa, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos, el Acta de Liquidación se calculará a partir de los datos de estas comunicaciones, salvo

que quedara probado en el expediente la validez de los datos contenidos en los documentos de cotización.

- Si el Acta de Liquidación se extiende por derivación de responsabilidad, se hará constar los datos referentes al período de deuda al que se contrae el acto de derivación, el número total de los trabajadores que se encuentran afectados por la derivación, y el importe de la deuda que se deriva, diferenciando por cada uno de los meses de deuda imputados la cuantía de la deuda principal, y los recargos, intereses y costas, en los supuestos que fueran procedentes, adjuntándose al acta la documentación que acredite la preexistencia de la deuda.
- Si el Acta de Liquidación se extiende por derivación de responsabilidad solidaria y subsidiaria en la contratación de obras o servicios, las Actas de Liquidación contendrán además de los datos referidos para las de derivación de responsabilidad, la identificación de los trabajadores que hayan prestado servicios en la misma, o los criterios y medios utilizados para la imputación de la deuda si la identificación de los trabajadores ocupados no fuera posible.
- Si el Acta de Liquidación se extiende por aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para la financiación de acciones formativas del subsistema de formación profesional continua, se hará constar la cuantía de la bonificación practicada y el período al que corresponda. En los restantes supuestos de Actas de Liquidación por bonificaciones y reducciones en las cuotas y/o conceptos de recaudación conjunta, bastará con consignar el período de descubierto, el trabajador afectado y la cuantía de la bonificación o reducción practicada.

- El importe principal de la deuda, y, en los supuestos que fueran procedentes, los recargos, intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extienda el acta, y la suma total de dichos concepto.
- La indicación de la entidad con la que tuviese concertada la contingencia de AT y EP.
- Indicación de si, por los mismos hechos, se practica o no acta de infracción.
- Indicación del funcionario que extiende el Acta de Liquidación con su firma y, en su caso, firma del inspector que la conforme con su visado.
- Indicación expresa de la posibilidad de alegaciones ante la TGSS, a las que se podrán acompañar las pruebas de que se disponga.
- Fecha del acta de liquidación.

Las Actas de Liquidación extendidas con los requisitos reglamentariamente establecidos, una vez notificadas por la ITSS a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales y se elevarán a definitivas mediante acto administrativo de la Dirección General o de la respectiva Dirección provincial de la TGSS, a propuesta del Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la ITSS, tras el trámite de audiencia al interesado. La propuesta de la ITSS será preceptiva pero no vinculante (art. 31.2 y 4 LGSS según redacción dada por la Ley 23/2009, LPGE para 2010 y O. TIN/2.076/2010, de 27 de julio) y podrá consistir en la elevación a definitiva de la liquidación practicada o bien la modificación o anulación del acta practicada. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados y su calificación jurídica (art. 33 RESOS, según redacción dada por el art. único.16 del RD 772/2011, de 3 de junio).

II. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

1. Formación y evolución

La formación de la potestad sancionadora de la Administración Laboral sigue un camino parejo al del nacimiento del Derecho del Trabajo.

Al promulgarse la primera ley laboral, la denominada Ley Benot, el 24 de julio de 1873, que regulaba el trabajo de los menores, las Cortes constituyentes encomendaron su vigilancia a unos jurados mixtos compuestos por obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos bajo la presidencia de los jueces municipales. Años más tarde, al aprobarse nuevas leyes laborales las competencias sancionadoras pasaron a manos de las Autoridades Gubernativas y a unas Juntas Provinciales y Locales mixtas.

En 1904, al aprobarse el Reglamento provisional de la Inspección Industrial (RD 19-2-1904), las funciones de vigilancia de las relaciones laborales se encomendó a los funcionarios del negociado de Industria y Trabajo y las competencias sancionadoras correspondieron a las autoridades gubernativas del Ministerio de Agricultura.

En 1906, con la creación de la IT, se le encomienda la vigilancia de las normas laborales y a partir de ese momento las facultades sancionadoras siguen correspondiendo a las autoridades gubernativas, con intervención de las Juntas de Reformas Sociales, hasta que en 1922, la Ley de AT, transfiere dicha competencia sancionadora a los jueces de primera instancia.

Durante la época del General Primo de Rivera (1923-1929) se produjo un importante auge de la potestad sancionadora en todos los ámbitos de la Administración Pública, de la que no fue una excepción la Administración Laboral.

En la Segunda República, las facultades sancionadoras que correspondían a los jueces de primera instancia pasan a manos de los inspectores regionales (D. 8-5-31), que a su vez habían sido creados dentro del MT. En 1932 se produce una importante modificación en la estructura territorial del MT, creándose las Delegaciones de Trabajo, que asumen en cada provincia la jefatura de todos los servicios del Ministerio y la competencia sancionadora que desde el año anterior tenían los inspectores regionales.

En la época de la dictadura del general Franco el poder de la Administración, en algunos momentos, es casi omnímodo, ya que incluso se llega a prescindir del procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones y particularmente del trámite de audiencia al interesado, especialmente en las denominadas sanciones de plano que recogía el artículo 137.2 del Decreto 31 de enero de 1947, por el que se aprobaba el Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Gobernación. La jurisprudencia a medida que fue avanzando el régimen de Franco fue realizando una labor interpretativa de depuración, constriñendo el desmesurado ámbito que se había otorgado a este tipo de sanciones, aunque en líneas generales sigue manteniendo una sobrevaloración de los hechos que figuran en los expedientes administrativos en detrimento de los derechos de defensa de los ciudadanos. Durante toda esta época la potestad sancionadora en el ámbito laboral seguía correspondiendo a los delegados de trabajo.

A partir de la entrada en vigor de la CE de 1978 se va a producir un cambio sustancial en la potestad sancionadora de la Administración, tanto en sus órganos sancionadores, al existir una dualidad en la Administración Laboral (estatal y autonómica), como en el orden de garantías para los administrados.

Los artículos 24 y 25 CE han venido a generar una abundante jurisprudencia, especialmente del TC, que ha puesto límites a los privilegios de la Administración salvaguardando las garantías de los administrados.

El Alto Tribunal se ha llegado a plantear incluso la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración (STC 77/1983, de 3 de octubre). Al respecto es interesante la argumentación dada de que en un sistema estricto de división de poderes, el monopolio de la potestad sancionadora debería residir en los órganos judiciales. Sin embargo, el propio TC matiza, razones de tipo histórico (en ningún país ha funcionado tal sistema), e incluso de viabilidad (conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia; la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo

en relación con los ilícitos de menor gravedad y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados), hacen que la CE no haya excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en su artículo 25.3, aunque sometiéndola a las cautelas necesarias con el objeto de que se garanticen los derechos de los ciudadanos. Estos límites a la potestad sancionadora de la Administración, según el TC, son los siguientes:

- La legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, debido a su carácter excepcional.
- La interdicción de penas privativas de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a través de infracciones sancionadoras.
- El respecto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 CE que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones.
- La subordinación de los actos de la Administración a la autoridad judicial, lo cual exige que en los casos de colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De este límite se derivan las siguientes consecuencias:
  - El control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso.
  - La imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.
  - La necesidad de respetar la cosa juzgada, la cual despliega un efecto positivo de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

Admitida la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración, y que ésta por sí misma constriñe los derechos e intereses particulares, no sólo ha de respetar la ley, sino también los principios sustantivos que inspiran el proceder sancionador del Estado, por lo que al derecho administrativo sancionador le son aplicables los principios inspiradores del orden penal, con ciertas matizaciones, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento jurídico (STC 8-6-1981). A continuación se van a exponer los principios que rigen el ius puniendi del Estado y que son aplicables a la potestad sancionadora de la Administración Laboral:

- Principio de legalidad: Este principio está formulado en el artículo 25 CE, al establecer que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 127 LRJPAC).
- Principio de tipicidad: Este principio obliga al legislador y al titular de la potestad reglamentaria a regular las infracciones y sanciones, de tal modo que permita predecir con suficiente grado de certeza el tipo y el grado de la sanción susceptible de ser impuesta (STC 219/1989; 61/1990 y art. 129 LRJPAC).
- Principio de la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables: Este principio significa que las normas sancionadoras no pueden ser aplicadas, en la medida que sean desfavorables al inculpado, a hechos o conductas anteriores a su entrada en vigor y a sensu contrario, que son aplicables con carácter retroactivo las disposiciones sancionadoras favorables, como puedan ser las que eliminan el carácter sancionable de una conducta o rebajan la sanción (arts. 9.3 CE y 128 LRJPAC).
- Prohibición de la analogía: Debido al carácter restrictivo de la aplicación de la normativa administrativa sancionadora, la laguna legal no puede ser cubierta por medio de la analogía, como ocurre en otros órdenes jurídicos (art. 129.4 LRJPAC).

- Principio non bis in idem: Este principio significa una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, siempre que se aprecie identidad de sujeto, identidad de hechos e identidad de fundamento (STC 2/1981, de 30 de enero y art. 133 LRJPAC).
- Principio de proporcionalidad: Este principio significa que la sanción a imponer debe guardar una adecuada relación con la gravedad de la falta (art. 131 LRJPAC).
- Principio de culpabilidad: Supone un juicio de reproche a un sujeto por la realización (u omisión) de un acto antijurídico cuando era exigible obrar conforme a derecho (art. 130 LRJPAC).

2. Infracciones administrativas: tipos y calificación, sujetos responsables y prescripción

A) Concepto de infracción administrativa

Las infracciones administrativas en el orden social se pueden definir como aquellas acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en las leyes del orden social (art. 1.1 LISOS). Estas infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado (art. 1.3 LISOS).

B) Tipos y calificación de las infracciones

En virtud de los principios de legalidad y tipificación de las infracciones, la LISOS establece un amplio cuadro de infracciones en el orden social, del que solamente quedan exceptuadas las infracciones en materia de extranjería que se encuentran recogidas en su normativa específica.

Los distintos tipos de las infracciones del orden social se encuentran agrupadas en la LISOS de la siguiente forma:

a) Infracciones laborales

Son definidas como las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia: de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción socio laboral, que se encuentren tipificadas y sancionadas en la LISOS (art. 5.1 LISOS, según redacción dada por el art. 21. Dos RDL-RESIFOE).

Las infracciones laborales, a su vez, se encuentran agrupadas en las siguientes clases:

— Relaciones laborales:

  - Infracciones en materia de relaciones individuales y colectivas (arts. 6 a 8 LISOS).
  - Infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (art. 9 LISOS).
  - Infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación trasnacional (art. 10 LISOS).
  - Infracciones en materia de derecho de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas (art. 10 bis LISOS).

- Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales [Capítulo 2, II, 3, A)] (arts. 11 a 13 LISOS).
- Infracciones en materia de empleo.

  - Infracciones de los empresarios, agencias de colocación, de las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas y beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento de empleo en general (arts. 14 a 16 LISOS).
  - Infracciones de los trabajadores (art. 17 LISOS).
- Infracciones en materia de Empresas de trabajo temporal y usuarias (arts. 18 y 19 respectivamente LISOS).
- Infracciones en materia de empresas de inserción (art. 19 bis LISOS).

b) Infracciones de Seguridad Social

Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la LISOS (art. 20 LISOS).

Las infracciones de Seguridad Social, a su vez, se encuentran agrupadas en las siguientes clases:

- Infracciones de empresarios, entidades de formación, entidades que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas, trabajadores por cuenta propia y asimilados (arts. 21 a 23 LISOS).
- Infracciones de trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios por cese de actividad —Disp. Final 2.ª Ley 32/2010— (arts. 24 a 26 LISOS).
- Infracciones MCSS (arts. 27 a 29 LISOS).
- Infracciones de empresas que colaboren voluntariamente en la gestión (arts. 30 a 32 LISOS).

c) Infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros

Son infracciones en materia de movimientos migratorios laborales las acciones u omisiones de los sujetos responsables que estén tipificadas y sancionadas conforme a la LISOS.

Estas infracciones se encuentran agrupadas en dos apartados, pero debe hacerse constar que las infracciones en materia de extranjería han sido derogadas tácitamente por la Ley de Extranjería:

- Infracciones en materia de movimientos migratorios (arts. 33 a 36 LISOS).
- Infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros (art. 37 LISOS, derogado tácitamente).

d) Infracciones en materia de Sociedades Cooperativas

Se considerarán aplicables las infracciones contenidas en el artículo 38 LISOS cuando la legislación autonómica se remita al respecto a la legislación del Estado, cuando no se haya producido la referida legislación autonómica o cuando las Cooperativas desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas.

Todos estos grupos de infracciones se califican, a su vez, como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y a la entidad del derecho afectado (art. 1.3 LISOS).

C) Sujetos responsables de las infracciones administrativas

De manera general son sujetos responsables de las infracciones administrativas en el orden social las personas físicas o jurídicas y las CB que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la LISOS (art. 2 LISOS).

De manera particular son sujetos responsables:

- En la relación laboral: el empresario.
- En la relación jurídica de seguridad social: los empresarios; los trabajadores por cuenta propia o asimilados; los perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social, las MCSS, las entidades colaboradoras en la gestión, las entidades o empresas responsables de la gestión de prestaciones en cuanto a sus obligaciones en relación con el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y demás sujetos obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social.
- En materia de colocación, fomento del empleo y de formación profesional para el empleo: los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas, los trabajadores, los solicitantes de subvenciones públicas.
- En materia de movimientos migratorios: los transportistas, agentes consignatarios, representantes y trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en dichos movimientos.
- En materia de extranjería: los empresarios y trabajadores por cuenta propia.
- Las cooperativas con respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo.
- Las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias.
- Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales.
- Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales.
- En materia de derechos de información y consulta de trabajadores: las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo y empresas de dimensión comunitaria situadas en territorio español.
- Respecto a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional: los empresarios.
- Respecto de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores: las sociedades europeas y las sociedades cooperativas europeas con domicilio social en España, las sociedades, entidades jurídicas y, en su caso, las personas físicas domiciliadas en España que participen directamente en la constitución de una sociedad europea.
- Las empresas de inserción.

D) Prescripción de las infracciones

Como regla general, las infracciones en el orden social prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción (art. 4.1 LISOS), con las excepciones siguientes:

- Las infracciones en materia de Seguridad Social prescribirán a los cuatro años, contados desde la fecha de la infracción (art. 4.2 LISOS).
- Las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales prescribirán: las leves al año, las graves a los tres años, y las muy graves a los cinco años, contados desde la fecha de la infracción (art. 4.3 LISOS).
- Las infracciones a la legislación de sociedades cooperativas prescribirán: las leves, a los tres meses; las graves, a los seis meses; y las muy graves, al año, contados desde la fecha de la infracción (art. 4.4 LISOS).

3. Sanciones administrativas: tipos, clases y grados

El incumplimiento de la normativa del orden social dará lugar a la exigencia de responsabilidades administrativas, además de las que pudieran exigirse por otras ramas del ordenamiento jurídico.

A) Tipos de sanciones administrativas

Las sanciones administrativas laborales consisten, habitualmente, en multas de distintas cuantías, pero no son las únicas. En este apartado se estudiarán cada una de ellas.

a) Multa pecuniaria

Según la materia objeto de infracción, la LISOS distingue entre:

- Sanciones de relaciones laborales y empleo, de Seguridad Social, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, así como sanciones por obstrucción, cuya cuantía oscila entre 60 euros y 187.515 euros (art. 40.1 LISOS), con las peculiaridades que más abajo se establecen en materia de Seguridad Social.
- Sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, cuya cuantía oscila entre 40 y 819.780 euros (art. 40.2 LISOS).
- Sanciones en materia de cooperativas, cuya cuantía oscila entre 375 a 37.920 euros (art. 40.4 LISOS).

Atendiendo a la materia infringida, la LISOS establece las siguientes peculiaridades:

- En materia de Seguridad Social:
  - La infracción grave por no ingresar las cuotas de Seguridad Social o por ingresarlas en una cuantía inferior a la debida, se sancionarán con multa del 50% al 65% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas, en su grado mínimo; en su grado medio, con multa del 65,01% al 80% y en su grado máximo, con multa del 80,01% al 100% [art. 40.1.d).1 LISOS].
  - La infracción muy grave por falta de ingreso de las cuotas de Seguridad Social, sin cumplir las obligaciones formales de transmisión por medios electrónicos a la TGSS de las liquidaciones de cuotas y los conceptos de recaudación conjunta en el sistema de autoliquidación o de transmisión por medios electrónicos de los datos que permitan realizar a la TGSS el cálculo de la liquidación en el sistema de liquidación directa, así como retener indebidamente, no ingresándola en plazo, la cuota obrera, se sancionará con multa del 100,01% al 115% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas, en su grado mínimo; en su

grado medio del 115,01% al 130%, y en su grado máximo con multa del 130,01% al 150% [art. 40.1.d).2 LISOS].

- La infracción muy grave por retener indebidamente, no ingresándola dentro de plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores o efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, no ingresándolos en el plazo reglamentario, se sancionará con multa del 100,01% al 115% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas, en su grado mínimo; en su grado medio del 115,01% al 130%, y en su grado máximo con multa del 130,01% al 150% [art. 40.1.d).3 LISOS].
- La infracción grave por no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido, se sancionará con multa de 3.126 euros a 10.000 euros, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados [art. 40.1.e) LISOS].
- La infracción muy grave por dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, se sancionará con multa de 10.001 a 187.515 euros [art. 40.1.e) LISOS).
- En el supuesto de que las infracciones por no solicitar la afiliación o alta de los trabajadores o por dar ocupación a trabajadores beneficiarios de pensiones u otras prestaciones de Seguridad Social afectaren a varios trabajadores las sanciones se incrementarán un 20 por 100 cuando se trate de dos trabajadores afectados; un 30 por 100 cuando se trate de tres trabajadores; un 40 por 100 cuando se trate de cuatro trabajadores y un 50 por 100 cuando se trate de cinco o más trabajadores [art. 40.1.e) LISOS], sin que la infracción de falta de afiliación o de alta pueda exceder de 10.000 euros ni la de dar ocupación a beneficiarios de pensiones u otras prestaciones de Seguridad Social pueda exceder de 187.515 euros.
- Las sanciones cuando deriven de actas de infracción y de liquidación coordinadas se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el sujeto infractor ingresa el importe de la liquidación practicada (art. 40.3 LISOS).
- Se harán públicas en la manera que reglamentariamente se determine, a partir de 31 de julio de 2011, las sanciones por no solicitar en tiempo y forma la afiliación o el alta de los trabajadores, las sanciones por dar ocupación como trabajadores a los beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social y las obstrucciones a la labor inspectora cuando se trate de comprobar la situación de alta de los trabajadores o la incompatibilidad del trabajo con el disfrute de pensiones u otras prestaciones de Seguridad Social (art. 6.4 RDL-EMSU, que modifica el art. 40.1 LISOS). Asimismo, se harán públicas las sanciones impuestas, una vez sean firmes, por obtener o disfrutar indebidamente de subvenciones, ayudas de fomento de empleo o cualquiera establecidas en el programa de apoyo a la creación de empleo o formación profesional para el empleo; por la no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas o subvenciones de fomento de empleo, de reinserción de demandantes de empleo, de la formación profesional para el empleo; por incumplir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas y los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre formación profesional para el empleo y por incurrir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, en el falseamiento de documentos o en la simulación de la ejecución de

la acción formativa (art. 40.1.f) LISOS, según redacción dada por el art. 21.Trece RDL-RESIFOE).

- En materia de prevención de riesgos laborales:
  - Las sanciones impuestas por infracciones muy graves, una vez firmes, se harán públicas (art. 40.2 LISOS y RD 597/2007).

En el supuesto de reincidencia (comisión de una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los trescientos sesenta y cinco días siguientes a la notificación de ésta y cuya resolución hubiera adquirido firmeza) la sanción podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas para cada clase de infracción (art. 41 LISOS).

b) Otros tipos de sanciones administrativas

Además de las multas pecuniarias existen otro tipo de sanciones administrativas, cuya enumeración se va a realizar atendiendo a la materia objeto de infracción:

- En materia de prevención de riesgos laborales:
  - Suspensión o cierre del centro de trabajo: cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Podrá ser acordada por el Gobierno del Estado o de la CA (art. 53 LPRL).
  - Limitaciones a la facultad de contratar con la Administración por la comisión de delitos o por infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 54 LPRL).
  - Cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral a las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, de las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y de las entidades acreditadas para desarrollar o certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, por la comisión de infracciones graves o muy graves (art. 40.2 LISOS).
  - Paralización de los trabajos en los supuestos de infracciones que supongan un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 44 LPRL).
  - Los incumplimientos de las Administraciones Públicas, están exceptuados de la sanción pecuniaria, estableciéndose un procedimiento de medidas correctoras para la subsanación de los mismos (RD 707/2002, de 19 de julio).
- En materia de Seguridad Social:
  - La intervención temporal de la MCSS, en caso de infracción calificada de grave y la remoción de sus órganos de gobierno, juntamente con la intervención temporal de la entidad, o bien el cese de aquéllas en la colaboración, en caso de infracción calificada de muy grave, cuando las circunstancias así lo aconsejen (art. 44 LISOS).
  - Suspensión temporal de la autorización para colaborar por plazo de hasta cinco años o la retirada definitiva de la autorización para colaborar con la pérdida de la condición de Entidad colaboradora de las empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social (art. 45 LISOS).
  - A partir de 31 de julio de 2011 (art. 6.5 RDL-EMSU que modifica el art. 46 LISOS) se aplican como sanciones accesorias a la infracción grave por no solicitar la afiliación o el alta de los trabajadores a la Seguridad Social, así como a las infracciones muy graves de Seguridad Social, las siguientes:

- Pérdida automática y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción de ayudas, bonificaciones y en general beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo desde la fecha en que se cometió la infracción.
- Exclusión del acceso a tales beneficios por un período máximo de un año (infracción grave) o dos años (caso de reiteración de la infracción grave y comisión infracciones muy graves, salvo la infracción de dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, en la que la exclusión del beneficio será de cinco años).
- En materia de empleo, ayudas de fomento del empleo, formación para el empleo y protección por desempleo:

  Por la comisión de las infracciones muy graves y de las graves: incumplimiento de la obligación de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad e incumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre formación profesional para el empleo se impondrán las siguientes sanciones accesorias:
- Pérdida automática y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
- Exclusión por el plazo máximo de dos años de tales beneficios (art. 46.1 LISOS, según redacción dada por el art. 21.catorce RDL- RESIFOE), con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción, salvo que la sanción sea muy grave por obtener o disfrutar indebidamente de subvenciones, ayudas de fomento de empleo o cualquiera establecidas en el programa de apoyo a la creación de empleo o formación profesional para el empleo; por la no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas o subvenciones de fomento de empleo, de reinserción de demandantes de empleo, de la formación profesional para el empleo; por incumplir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas y los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre formación profesional para el empleo, en cuyo caso la exclusión será de cinco años).
- Devolución de las cantidades obtenidas indebidamente y las no aplicadas o aplicadas incorrectamente en los supuestos de las infracciones muy graves descritas en el párrafo anterior.

- En materia de cooperativas:
  - Descalificación por la comisión de infracciones calificadas como muy graves (art. 40.4 LISOS).
- En materia de ETT y agencias privadas de colocación:
  - Pérdida de la autorización en el supuesto de que no mantengan la estructura organizativa que dio lugar a su concesión (art. 2.5 LETT).
  - Extinción de la autorización de las agencias privadas por incumplimiento de sus obligaciones legales o concertadas [art. 17.1.*c*) y *e*) RAC].
- En materia de igualdad:

  Los empresarios que hayan cometido infracciones muy graves por discriminación en el acceso al empleo y condiciones de trabajo, por acoso sexual y por otro tipo de acoso, tendrán como sanciones accesorias (art. 46 bis LISOS):

– Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y
– Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

c) Sanciones a trabajadores por cuenta propia y ajena, solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social

- Sanciones a trabajadores por cuenta propia o ajena y demandantes de empleo:
  – Cambio de situación administrativa de la demanda de empleo.
  – Exclusión del derecho a percibir ayudas de fomento al empleo, durante seis meses.
  – Reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.
- Sanciones a solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluido el desempleo o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios por cese de actividad (art. 47 LISOS y Disp. Final 2.ª Ley 32/2010):

  Las sanciones en materia de Seguridad Social consistirán:
  – Pérdida pensión: uno, tres o seis meses en función de la calificación de la infracción.

  Las sanciones en materia de empleo consistirán:
  – Pérdida entre un mes de prestación hasta la extinción de la misma.
  – Como accesoria: exclusión del percibo de cualquier otra prestación económica o ayuda al fomento del empleo durante un año, así como el derecho a participar en acciones formativas.

  Las sanciones a los trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios por cese de actividad consistirán:
  – Pérdida de la prestación entre quince días, un mes y quince días, tres meses hasta extinción en el caso de infracciones leves; entre un mes y quince días, tres meses y extinción en el caso de infracciones graves y seis meses o extinción en caso de infracciones muy graves.
  – Como accesoria: exclusión del derecho al percibo de cualquier prestación económica, y en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como el derecho a participar durante ese período en acciones formativas en materia de formación profesional ocupacional y continua.

B) Clases y grados

Las sanciones administrativas laborales se clasifican en leves, graves y muy graves. Dentro de cada uno de estos tres niveles o clases de sanciones, se pueden imponer, a su vez, en tres grados distintos: mínimo, medio y máximo (art. 39.1 LISOS).

De acuerdo con el principio de proporcionalidad la clase de la sanción laboral debe corresponderse con la correlativa calificación o grado de la infracción sancionada, por lo tanto, la graduación de las sanciones no se refiere tanto a la clasificación de la sanción en función de la gravedad de la infracción, sino a la determinación de los grados mínimo, medio o máximo.

La imposición de una sanción sin su correspondiente graduación afectaría a la seguridad jurídica, además de infringir el artículo 25.1 CE, ya que éste no solamente exige la definición de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre los primeros y las segundas (STC 207/1990).

4. Graduación y prescripción de las sanciones administrativas

A) Graduación de las sanciones administrativas

De una manera general, para todo tipo de infracciones excepto para las de prevención de riesgos laborales y cooperativas, la LISOS establece unos criterios para la graduación de las sanciones, que pueden agravar o atenuar la infracción, en atención a: la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada (art. 39.2 LISOS).

No obstante, cuando se trate de infracciones en materia de Seguridad Social, como la infracción grave por no ingresar las cuotas de Seguridad Social o por ingresarlas en una cuantía inferior a la debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones de transmisión por medios electrónicos a la TGSS de las liquidaciones de cuotas, salvo en aquellos supuestos en que dicha liquidación proceda mediante la presentación de los documentos de cotización en el sistema de autoliquidación de cuotas o la transmisión por medios electrónicos los datos que permitan realizar dicho cálculo en el sistema de liquidación directa, o como la infracción muy grave por falta de ingreso de las cuotas de Seguridad Social, sin presentación dentro de plazo de la documentación referida según sea el sistema elegido de liquidación de cuotas, así como actuar fraudulentamente al objeto de eludir responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa en el cumplimiento de la obligación de cotizar, la calificación será en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros; en grado medio, cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros y en su grado máximo, cuando sea superior a 25.000 euros. En todo caso, se impondrá la sanción en su grado máximo, cualquiera que fuera la cantidad no ingresada, cuando el sujeto responsable hubiera cotizado en cuantía inferior a la debida mediante la ocultación o falsedad documental de las declaraciones o datos que tengan obligación de facilitar a la Seguridad Social (art. 39.2 párrafo segundo LISOS según redacción dada por el art. 2.Cuatro LMELIC).

Las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, por su parte, tienen unos criterios de graduación específicos, atendiendo a (art. 39.3 LISOS):

- La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.
- El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades.
- La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias.
- El número de trabajadores afectados.
- Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos.
- El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos efectuados por la ITSS.
- La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.
- La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

En materia de sociedades cooperativas las sanciones se graduarán, atendiendo al número de socios afectados, repercusión social, malicia o falsedad y capacidad económica de la cooperativa (art. 39.4 LISOS).

Respecto a la graduación de las sanciones es necesario realizar las siguientes precisiones:

- En las actas de Infracción extendidas por la ITSS se deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta y cuando no se considere relevante ninguno de ellos, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior (art. 39.6 LISOS).
- Los criterios de graduación no podrán utilizarse para agravar o atenuar la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo (art. 39.5 LISOS).
- Se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión.

B) Prescripción de las sanciones administrativas

Las sanciones impuestas en el orden social prescribirán a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción (art. 7.3 RD 928/1998).

III. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA SOCIO LABORAL

1. Principios del procedimiento sancionador

Además de los principios generales de la potestad sancionadora de la Administración existen unos principios específicos del procedimiento sancionador propiamente dicho. Estos principios tienen su fundamento en los artículos 24 y 25 de nuestro texto constitucional y han tenido su concreción por el legislador ordinario en la LRJPC.

A) Garantía de un procedimiento

El TC (STC 8-6-1981) ha sido explícito al determinar que los valores constitucionales no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, pudiera incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme.

El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá, por tanto, un procedimiento legal o reglamentario previamente establecido, de tal forma que en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

B) Respeto a los derechos del presunto responsable

Estos derechos se encuentran recogidos en el artículo 135 LRJPC:

- Derecho a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudiera imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.
- Derecho a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.
- Otros derechos (art. 35 LRJPC):
  - Conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación del procedimiento sancionador y obtener copias de documentos contenidos en él.

- Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramite el procedimiento sancionador.
- Obtener copia sellada de los documentos que presente, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.
- Utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su CA.
- No presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.
- Acceder a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en la Constitución y en las leyes.
- Ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- Exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

C) Respeto a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE y sobre el que pivota todo el *ius puniendi* del Estado. En los procedimientos administrativos sancionadores, como no podía ser de otra manera, se debe respetar la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario (art. 137.1 LRJPC).

D) Motivación y congruencia de la resolución

La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolver todas las cuestiones que se planteen en el expediente, sin que pueda contener hechos distintos de los determinados en el procedimiento (art. 138 LRJPC). Las Resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán ejecutivas.

2. Actividades previas

Se conoce como actividades previas al conjunto de actuaciones realizadas por la ITSS destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios (art. 8.1 RD 928/1998).

Estas actividades previas tienen establecido un doble plazo máximo:

- No podrán dilatarse por espacio de más de nueve meses, salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o sea debida a dificultades en la cooperación administrativa internacional.
- No se podrán interrumpir por más de cinco meses.

La consecuencia que comporta el incumplimiento de los plazos máximos señalados es que decae la posibilidad de extender acta de infracción o de liquidación, sin que se interrumpa el cómputo de la prescripción y sin perjuicio de que pueda extenderse nuevamente el Acta, en caso de que no hubieran prescrito las infracciones, y de la eventual responsabilidad en la que pudieran haber incurrido los funcionarios actuantes. Las actuaciones caducadas tendrán la consideración de antecedentes (art. 8.2 RESOS modificado por el art. único RD 103/2010, de 5 de febrero).

3. Iniciación, tramitación y resolución

El procedimiento administrativo sancionador en el orden social consta de las siguientes fases:

A) Iniciación

El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la ITSS, la cual deberá contener los requisitos contenidos en el artículo 14 RESOS (art. 13.1 RESOS). También podrá iniciarse como consecuencia de las comunicaciones efectuadas a la ITSS por los técnicos habilitados de seguridad e higiene, cuando comprueben un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que no haya sido subsanado previo requerimiento (art. 39.2 RESOS).

Todas las infracciones de una misma materia (laboral, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, colocación y empleo, emigración, de movimientos migratorios y de trabajo de extranjeros, obstrucción) se deberán acumular en una sola Acta, excepción hecha de las infracciones relacionadas con AT y EP; las Actas de Infracción y Liquidación coordinadas y las actas en las que concurran supuestos de responsabilidad subsidiaria o solidaria. En todo caso, la acumulación de infracciones respetará la distribución de competencias entre órganos de la AGE y entre la AGE y la de la CA respectiva (art. 16 RESOS según la redacción dada por el art. único.6 del RD 772/2011, de 3 de junio).

El procedimiento para la imposición de sanciones leves y graves a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del sistema de Seguridad Social se iniciará por comunicación de la ITSS a la entidad gestora competente, o como resultado de los antecedentes o datos obrantes en la propia entidad (art. 37 bis RESOS añadido por el art. único.20 RD 772/2011, de 3 de junio). No obstante, la competencia sancionadora de las faltas leves y graves en materia de empleo corresponde a los órganos correspondientes de las CCAA (STC 104/2013).

La imposición de sanciones por infracciones a los trabajadores autónomos o por cuenta propia, en los casos en que la misma afecte a la prestación por cese de actividad corresponderá, a propuesta de la ITSS, según el órgano gestor: si la gestión corresponde a un organismo público, la imposición de la sanción corresponderá al SEPE o al ISM, según los casos. Si la gestión corresponde a una MATEP a la autoridad competente correspondiente a la provincia en que se haya procedido al reconocimiento de la protección (art. 48 bis LISOS, introducido por la Disp. Final 2.ª de la Ley 32/2010).

B) Tramitación

a) Notificación de las actas de infracción

Las actas de infracción serán notificadas por la ITSS al presunto sujeto o sujetos responsables en el plazo de diez días hábiles contados a partir del término de la actuación inspectora, entendiéndose por ésta la de la fecha del acta (art. 17.1 RESOS). Cuando existan dificultades para la notificación del Acta, bien porque los interesados en el procedimiento sean desconocidos, porque se ignore el lugar de la notificación o el medio por el que ha de practicarse o cuando intentada la notificación, ésta no haya podido practicarse, se publicará en el tablón de edictos de la ITSS (art. 1 OM 1892/2013, 8 de octubre).

Como supuestos particulares de notificación, se pueden destacar:

- En el supuesto de que el Acta de Infracción afecte a solicitantes y beneficiarios de prestaciones, se comunicará simultáneamente por la ITSS al órgano o entidad gestora correspondiente, a efectos de que puedan adoptar la suspensión cautelar de las prestaciones (art. 17.2 RESOS, según redacción dada por el art. único.7 del RD 772/2011, de 3 de junio).

- Las Actas de Infracción y las de liquidación por los mismos hechos, se notificarán al presunto sujeto o sujetos responsables simultáneamente, pudiendo ser objeto de alegaciones conforme al procedimiento establecido para las Actas de Liquidación (art. 17.3 RESOS, según redacción dada por el art. único del RD 772/2011, de 3 de junio).

b) Alegaciones

En el Acta de Infracción y en el Acta de Liquidación se advertirá al sujeto responsable que podrá formular escrito de alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el órgano instructor del expediente y que en caso de no efectuar alegaciones, el Acta de Infracción podrá ser considerada propuesta de resolución (art. 17.1 RESOS, según la redacción dada por el art. único.7 del RD 772/2011, de 3 de junio).

El sujeto o sujetos imputados que formulen alegaciones frente al acta, tendrán derecho a vista de los documentos obrantes en el expediente, sin más excepciones que las necesarias para asegurar la confidencialidad del origen de cualquier queja (art. 17.4 RESOS, según redacción dada por el art. único.7 del RD 772/2011, de 3 de junio).

c) Ordenación e instrucción de la tramitación

La determinación de los órganos competentes para realizar los actos de instrucción y ordenación de la tramitación de los expedientes sancionadores competencia de las CCAA corresponderá a éstas (art. 18.1 RESOS, según redacción dada por el art. único.8 del RD 772/2011, de 3 de junio). En el ámbito de la AGE, la instrucción y ordenación del procedimiento sancionador corresponderá a la Jefatura de Unidad Especializada de Seguridad Social, finalizando la ordenación del expediente con propuesta de resolución, incluyendo, en su caso, la propuesta de sanciones accesorias, que se remitirá al órgano competente para resolver junto con el expediente administrativo sancionador, con una antelación mínima de quince días al del vencimiento del plazo para dictar resolución (art. 18 bis RESOS, añadido por el art. único.9 del RD 772/2011, de 3 de junio). No obstante, en aquellos casos en que la imposición de sanciones en el orden social en el ámbito de la AGE corresponda a los jefes de las Inspecciones Provinciales, y concurra en éstos la doble condición de jefe de Inspección Provincial y jefe de Unidad Especializada de Seguridad Social, deberán asignar las funciones de instrucción y ordenación del expediente a un funcionario dependiente orgánicamente de la AGE.

Si no se formalizase escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la propuesta de resolución que corresponda (art. 18.2 RESOS y 18.2 bis, según redacción dada por el art. único. 8 y 9 respectivamente del RD 772/2011, de 3 de junio).

Si se formulasen alegaciones en plazo contra el Acta de Infracción, el órgano instructor designado por las CCAA en caso de tratarse de expedientes sancionadores competencia de la misma o el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social en el caso de expedientes sancionadores en el ámbito de la AGE, podrá recabar informe ampliatorio del inspector o subinspector que practicó el acta, que se emitirá en quince días. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma o indefensión por cualquier causa. Si el expediente derivara de acta visada por el inspector, el informe del subinspector será objeto de conformidad por el inspector que visó el acta originadora de las actuaciones (arts. 18.3 y 18 bis.3 RESOS, según redacción dada por el art. único.8 y 9 respectivamente del RD 772/2011, de 3 de junio).

Si el Acta de Infracción se hubiere practicado por los mismos hechos que motiven Acta de Liquidación, la presentación de alegaciones o de recurso contra una de ellas se entenderá como formulado también contra la otra, salvo que expresamente se manifieste lo contrario (art. 18 bis.5 RESOS añadido por el art. único.9 del RD 772/2011, de 3 de junio).

Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo señalado para efectuar las mismas, el instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba (art. 18.3, *in fine* y art. 18 bis.3, *in fine*, RESOS, según redacción dada por el art. único.8 y 9 respectivamente del RD 772/2011, de 3 de junio).

Cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir la propuesta de resolución, dará audiencia al supuesto responsable por término de ocho días con vista de lo actuado. Realizado el trámite de audiencia, el sujeto responsable podrá formular nuevas alegaciones por términos de otros tres días, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución (art. 18.4 y art. 18 bis.4 RESOS, según redacción dada por el art. único.8 y 9 del RD 772/2011, de 3 de junio).

C) *Resolución*

El órgano competente para resolver, previas las diligencias que estime necesarias, dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de diez días desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta (art. 20.1 RESOS) y decidirá de forma expresa sobre las propuestas accesorias (art. 20.2 RESOS).

Si se dejase sin efecto el acta se ordenará el archivo del expediente y, en su caso, el levantamiento de las medidas de carácter provisional adoptadas. Se acordará la anulación del acta cuando ésta carezca de los requisitos imprescindibles para alcanzar su fin, o cuando dé lugar a la indefensión de los interesados y no se hubiese subsanado en la tramitación previa a la resolución.

El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente, sin que se computen dentro del plazo máximo para resolver las interrupciones por causas imputables a los interesados o motivadas por la suspensión del procedimiento. Cuando concurran circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo en los términos previstos en el artículo 42.6 LRJPAC (art. 20.3 RESOS, según redacción dada por el art. único.11 del RD 772/2011, de 3 de junio).

Las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones de orden social serán notificadas a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlas. Asimismo, se remitirá copia del acto al funcionario que hubiere promovido el expediente (art. 21.1 RESOS).

Cuando la resolución haya sido dictada por las correspondientes entidades gestoras o servicios comunes de Seguridad Social, o por el SEPE, se remitirá copia de la resolución que recaiga al jefe de la Unidad Especializada de la ITSS que hubiera efectuado la propuesta de resolución correspondiente (art. 21.2 RESOS, según la redacción dada por el art. único.12 del RD 772/2011, de 3 de junio).

Peculiaridades de las notificaciones de las resoluciones:

- Si se imponen sanciones pecuniarias, la notificación contendrá además: el importe a ingresar, el plazo, lugar y forma de ingreso en período voluntario y la advertencia de que, transcurrido dicho período sin efectuarse el ingreso y de no haberse interpuesto, el recurso de alzada, se devengará inmediatamente el recargo de apremio e intereses de demora y se procederá al cobro y, en su caso, ejecución, por el procedimiento administrativo de apremio (art. 21.1 RESOS).
- Se notificará a las entidades gestoras y organismos correspondientes cuando la resolución imponga sanciones accesorias o declare la responsabilidad solidaria del empresario respecto de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador (art. 21.3 RESOS).
- Se comunicarán al Juzgado de lo Social las resoluciones firmes que aprecien la existencia de perjuicios económicos a los trabajadores afectados a los efectos de la iniciación del procedimiento de oficio (art. 21.4 RESOS).

- Se notificarán a los trabajadores afectados o a sus derechohabientes la resolución confirmatoria de Actas de Infracción en materia de prevención de riesgos laborales, en caso de fallecimiento del trabajador por AT o EP (art. 21.5 RESOS).
- Se trasladará copia de la resolución recaída a los representantes legales de los trabajadores cuando la infracción recogida en el acta constituye vulneración del derecho a la libertad sindical o de los derechos de representación de los trabajadores (art. 21.6 RESOS).

4. Recursos contra las resoluciones sancionadoras

Contra las resoluciones administrativas sancionadoras se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, cuya resolución agotará la vía administrativa (art. 23.1 RESOS).

El recurso de alzada se regirá por lo establecido en la LRJPC. Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado y quedará expedita la vía jurisdiccional (art. 23 RESOS). A partir de la entrada en vigor de la LJS, de 12 de diciembre de 2011, corresponde al orden jurisdiccional de lo social el conocimiento de los recursos contra las resoluciones sancionadoras en materia laboral y sindical, así como de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional [art. 2.*n*) LJS]. Igualmente corresponde al orden jurisdiccional de lo social el conocimiento de los recursos contra las resoluciones sancionadoras en materia de Seguridad Social [art. 2.*s*) LJS], salvo Actas de Liquidación y Actas de Infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas, cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo [art. 3.*f*) LJS].

Por último, decir que las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas (art. 24.1 RESOS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Inspección de trabajo y de seguridad social

Aguado Cudolà, V.: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionado*, Pamplona, 1994.
Beneyto Calabuig, D.: *La inspección de trabajo: funciones, actas y recursos*, Valencia, 2006.
Díaz Rodríguez, J. M.: *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Valladolid, 2004.
Durández Sáez, I.: «La doctrina de las presunciones y la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo», *REDT*, n.º 45/1991.
Gámez Orea, M.: «Actas de Advertencia, requerimientos y órdenes de la Inspección de Trabajo», *AL*, tomo III, 1993.
García Rubio, M. A.: *La presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Valencia, 1999.
— *La Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*, Valencia, 1999.
— «Control sobre la validez y eficacia de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Revista de Jurisprudencia*, n.º 5/2007.
González Biedma, E.: *La Inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Pamplona, 1999.
González Martín, A., y Gismera Catalinas, P.: «Los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales: una nueva modalidad de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *AS*, n.º 21/2005.
Martínez Modubar, J., y Velázquez Fernández, M. P.: *Cómo es y cómo actúa la inspección de trabajo*, 1999.
Minondo Sanz, J.: *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*, Madrid, 2000.
Palomeque López, M. C.: «La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social», en *VI Jornadas Universitarias Andaluzas de derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, 1999.
Pendás Díaz, B.: «Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Documentación Laboral*, n.º 33/1991.
Richthofen, W.: *La inspección de trabajo: guía de la profesión*, Madrid, 2003.
Rodríguez Sañudo, F.: «Actas de la Inspección de Trabajo», *EJB*, I, 1995.
— «Inspección de Trabajo», *EJB*, III, 1995.
Vázquez González, I.: *La Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*, Pamplona, 1999.
Vázquez Mateo, F.: «La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y de los Controladores laborales», *AL*, n.º 14/1992.
— «Reflexiones en torno a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Diario La Ley*, tomo 1, 1998.
VVAA: *Primer centenario de la Inspección de trabajo y de Seguridad Social*, Madrid, 2006.
— *Normativa reguladora de la inspección de trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2006.
— *Inspección de trabajo 1906-2006*, Valencia, 2008.

II. Potestad sancionadora de la administración laboral

Blasco Pellicer, A.: *Sanciones administrativas del orden social*, Valencia, 1988.
Barrenechea Suso, J., y Ferrer López, M. A.: *Infracciones y sanciones laborales*, 2006.
Del Rey Guanter, S.: «La potestad sancionadora de la administración en el orden social», en *VIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1991.
— *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción en el orden social*, Madrid, 1990.

— «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», *RL*, n.º 24/1991.
Durán Romasewskys, S.: «Inexistencia de sanciones ante las infracciones de la Administración Pública en materia de Seguridad y Salud Laborales», *AS*, vol. V, Parte de estudio, 1997.
García Blasco, J.: «Potestad sancionadora de la Administración en materia laboral y principio de legalidad», *REDT*, n.º 26/1986.
García Piñero, N.: «La reincidencia en el ámbito laboral», *Diario La Ley*, n.º 7.064/2008.
González de Lena, F., y Mateos Beato, A.: «Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *RL*, tomo I, 2001.
Hervás Vercher, F.: «El principio de presunción de inocencia y las actas de la Inspección de Trabajo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1993.
Manzano González, F.: «Infracciones, sanciones y responsabilidades», *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, tomo I, 2004.
Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: «La potestad sancionadora de la Administración en el marco de las relaciones laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el Orden Social», *RTL*, n.º 39/1989.
Martínez Lucas, J. A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo*, Málaga, 1995.
Nicolás Bernad, J. A.: «Las garantías del administrado frente a la potestad sancionadora de la Administración Laboral», *AS*, n.º 18/2002.
Páramo Montero, P.: «Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración laboral», *RL*, tomo I, 2001.
Pérez Capitán, L.: «Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social», *AS*, vol. V, Parte de Estudio, 1998.
— «El *non bis in idem* en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década», *AS*, vol. II, Parte de Estudio, 1994.
Rodríguez Cardo, I.: «Inspección de trabajo, potestad sancionadora y competencias autonómicas», *Repertorio Aranzadi del TC*, n.º 7/2006.
Sánchez-Terán Hernández, J. M.: *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, 2007.
Valverde Asencio, A. J.: «El concepto legal de infracción administrativa laboral», *TRL*, n.º 44/1997.
— *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Pamplona, 1996.
VVAA: *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Madrid, 2007.
— *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, 2005.
— *La responsabilidad administrativa laboral de los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia, 1997.

III. Procedimiento sancionador en materia socio laboral

Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M.: «Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1993.
Blasco Pellicer, A.: *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Valencia, 1997.
Cardenal Carro, M.: «Una nueva norma para el procedimiento sancionador en el orden social: el RD 928/1998, de 14 mayo», *AS*, vol. V, Parte de Estudio, 1998.
Cruz Villalón, J.: «El control judicial de los actos de la administración laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa», *RL*, tomo II, 1990.
Duréndez Sáez, I.: «La fase de "instrucción" del procedimiento sancionador en el orden social», *AS*, n.º 13/2006.
García Rodríguez, B.: «"Si us plau", la Inspección no hace instrucción», *AS*, n.º 5/2008.
Garberí Llobregat, J.: *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1995.

Gómez Garrido, L. M.ª: «La fijación de los hechos en las actas de la inspección de trabajo y seguridad social», *AS*, n.º 8/2011.

Jaén Vallejo, M.: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987.

Lluis Navas, J.: «Los principios comunes del sistema sancionador administrativo y las reglas específicas del sistema laboral», *AL*, n.os 43 y 44/1994.

— *Los procedimientos administrativos de infracciones y liquidaciones de trabajo y Seguridad Social*, Barcelona, 1997.

Martínez Lucas, J. A.: «El nuevo procedimiento administrativo sancionador en el orden social y liquidador de cuotas de la Seguridad Social», *Diario La Ley*, tomo 3, 1998.

Martínez Martínez, M. F.: «Procedimiento administrativo sancionador en el ámbito laboral», *Actualidad Administrativa*, n.º 12/2006.

Páramo Montero, P.: «Prueba e instrucción de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Diario La Ley*, tomo 4, 1998.

Sánchez-Terán Hernández, J. M.: *La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*, «Accésit» del Premio Estudios Financieros 2010 en su modalidad de Derecho Administrativo y Constitucional.

Valdés Dal-Ré, F.: «El ámbito de aplicación del procedimiento administrativo común en los procedimientos administrativos laborales», *RL*, tomo I, 1994.

PARTE QUINTA.
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

CAPÍTULO 23:
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y JURISDICCIÓN DEL ORDEN SOCIAL

En este primer capítulo dedicado al Derecho procesal se empezará estudiando su concepto y los principios que lo inspiran. El Derecho Procesal del Trabajo es aquel derecho que tiene como finalidad el regular las garantías judiciales en la solución de los conflictos del orden social. De su concepto se desprenden los elementos característicos: el sistemático, integrado por los principios y normas que lo configuran; el regulador, constituido exclusivamente por las normas de carácter estatal o internacional, por lo que las convencionales no tiene cabida; el funcional, referido al ejercicio de la jurisdicción social por jueces y magistrados independientes y por último, el elemento finalista consistente en la resolución de los conflictos, tanto individuales como colectivos, de la rama social del derecho.

Una vez perfilado el concepto del Derecho procesal se estudiará la Jurisdicción Social en sus dos vertientes, la política, como potestad atribuida a jueces y magistrados para administrar justicia y la procesal, entendida como función estatal por la que se satisfacen las pretensiones en los litigios con arreglo a la ley. A continuación se expondrá la evolución de la Jurisdicción Social en nuestro país desde la primitiva Ley de 1908 hasta llegar a su configuración actual, integrada por los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los TSJ; la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Cuestión de capital importancia en el estudio de este capítulo es la determinación del ámbito material de la Jurisdicción Social, es decir qué pretensiones corresponde conocer al orden social y qué pretensiones están excluidas de su competencia. La vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Social ha hecho un esfuerzo considerable en clarificar las competencias, tanto desde el punto de vista de las inclusiones, a las que agruparemos de manera sistemática, como de las exclusiones.

Analizada la competencia material de la Jurisdicción Social, será preciso que se aborden las reglas de competencia entre los propios órganos de dicha jurisdicción con la finalidad de determinar qué órgano es el competente para conocer de un determinado asunto, es lo que se llama la competencia objetiva, o para conocer de un determinado recurso, conocida como competencia funcional, o para conocer de un asunto atendiendo a las distintas circunscripciones existentes, competencia territorial.

Posteriormente, se estudiarán los conflictos y cuestiones de competencia. Los primeros son los que se producen entre dos órganos de distinto orden jurisdiccional, cuando entienden que la materia objeto de controversia es de la competencia de su respectiva jurisdicción, por lo que se expondrán los trámites necesarios para su planteamiento y resolución. Por su parte, las cuestiones de competencia son los con-

flictos que se suscitan entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional a la hora de resolver un asunto, e igualmente se expondrá cómo se sustanciarán y decidirán dichas cuestiones.

Por último, se abordará las competencias judiciales en el ámbito internacional de la rama social del Derecho, cuando existan elementos de extranjería, ya sea por razón de la nacionalidad, el domicilio, el lugar de celebración del contrato o el lugar de prestación de servicios, determinando y fijando las reglas establecidas al efecto.

I. DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO: CONCEPTO Y ELEMENTOS

Puede definirse el Derecho Procesal del Trabajo como el subsistema de principios y normas integrado en el sistema del Derecho del Trabajo y dirigido a regular la garantía judicial de los conflictos jurídicos que surgen en torno a las materias laboral y de protección social. De esta noción se extraen los elementos que caracterizan dicho subsistema en cuanto sector del ordenamiento laboral: sistemático, regulador, funcional y finalista.

1. Elemento sistemático

Está referido a los principios y normas que configuran este subsistema y que le confieren su peculiaridad y coherencia interna dentro del Derecho del Trabajo. Por lo que respecta a los principios, la función que cumplen es doble. Por un lado, una función reguladora y ordenadora del proceso laboral por parte del legislador. Por otro, una función orientadora en la interpretación y aplicación de las normas de dicho proceso por parte de los órganos judiciales del orden social de la jurisdicción. Como ha de verse en su momento, en unos casos se trata de principios propios del proceso civil (por ejemplo, los principios de contradicción, dispositivo y de aportación de parte), que también resultan aplicables al proceso laboral (art. 4 LEC), aunque en algunos casos esa aplicación revista significativas modulaciones. En otros casos, nos encontramos ante principios tradicionalmente específicos del proceso laboral, hoy recogidos, en parte, en el artículo 74.1 LJS (inmediación, oralidad, concentración y celeridad) y apreciables también en la regulación del proceso laboral (por ejemplo, los principios de instancia única, de impulso judicial o de economía procesal). El estudio de estos principios informadores, que deben darse aquí por reproducidos, se aborda en el lugar correspondiente (Capítulo 24, II).

El subsistema del Derecho Procesal del Trabajo está también integrado por normas jurídicas específicas que, conforme con los referidos principios, dotan a este sector del ordenamiento laboral de una estructura homogénea y coherente. La norma básica en este sentido es, sin duda, la LJS. La integración de la misma se produce por vía supletoria y principal mediante la LEC y, en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, mediante la LRJCA, normas que han de aplicarse con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios (Disp. Final 4.ª LJS).

2. Elemento regulador

De manera diversa a lo que sucede en el Derecho sustantivo del Trabajo, las fuentes reguladoras del Derecho Procesal del Trabajo presentan un carácter exclusivamente heterónomo, por lo que tan sólo se localizan en la norma legal, ya sea interna o internacional, careciendo la norma convencional de habilitación alguna para ordenar el proceso laboral o cualquier otro aspecto relativo a la jurisdicción social. Esta intensa limitación de las fuentes de producción normativa, encuentra su razón de ser en el carácter de derecho necesario absoluto que recorre en su integridad el Derecho Procesal del Trabajo, que forma así parte de las estructuras institucionales del ordenamiento laboral, sólo modificables por la ley dada la

trascendencia de las funciones encomendadas a dicha jurisdicción en el conocimiento y resolución de los conflictos que se le someten.

3. Elemento funcional

Se vincula este elemento con el ejercicio de la jurisdicción social a fin de resolver los conflictos jurídicos que la misma tiene atribuidos. Esta referencia delimita la extensión o el ámbito material en el que se desenvuelve dicha jurisdicción y el propio Derecho Procesal del Trabajo. Lo que significa que, en cuanto potestad derivada de la soberanía del Estado, la jurisdicción en general se ejerce de forma exclusiva por jueces y tribunales independientes realizando el Derecho en el caso concreto, esto es, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.1 y 3 CE). En el marco de este ámbito, esa función exclusiva corresponde a los órganos judiciales de la jurisdicción social.

Por lo demás, la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es compatible con la exigencia del previo, y en ocasiones obligado, recurso a mecanismos extrajudiciales de solución de los conflictos sociolaborales, siempre que quede expedito con posterioridad el acceso a los órganos judiciales.

4. Elemento finalista

Este elemento queda acotado por la finalidad asignada a la jurisdicción social en el sentido de resolver los conflictos jurídicos, individuales y colectivos, objeto de la rama social del Derecho.

Dos cuestiones plantea este elemento: la naturaleza de los conflictos que pueden resolverse por la jurisdicción social y la clase de conflictos a los que alcanza el conocimiento de dicha jurisdicción. Respecto de la primera, hay que subrayar que se trata de conflictos jurídicos, puesto que en el ámbito de la jurisdicción social sólo es posible resolver una discrepancia que verse sobre la aplicación de una norma preexistente al litigio planteado. De modo que los conflictos de reglamentación, es decir, aquellos dirigidos a crear o modificar una cláusula convencional o contractual transformando el ordenamiento jurídico, quedan al margen del conocimiento de la jurisdicción social (STC 145/1992).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, los conflictos de los que puede conocer la jurisdicción social pueden ser tanto individuales como colectivos, lo que incluye la materia laboral y de Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 LJS, aunque en la actualidad es técnicamente más correcto referirse a la protección social. Esta delimitación es sustancialmente conforme con la que a este respecto efectúa el artículo 9.5 LOPJ, que incluye expresamente dentro de la competencia de dicha jurisdicción las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando la legislación laboral le atribuya competencia. Por consiguiente, desde esta óptica funcional, el Derecho Procesal del Trabajo desborda la esfera del Derecho del Trabajo para adentrarse en el Derecho de la Seguridad Social, lo que permite hace ya tiempo referirse a la «rama social del Derecho» (art. 1 LJS) para encuadrar ambas vertientes.

II. JURISDICCIÓN DEL ORDEN SOCIAL

1. Concepto de jurisdicción

El concepto de jurisdicción se puede abordar desde una perspectiva amplia, de índole política, o desde una perspectiva estrictamente procesal, como uno de los requisitos del proceso.

Desde un punto de vista amplio, se puede definir la jurisdicción como la potestad atribuida a determinados órganos del Estado, jueces y magistrados, de administrar justicia. Esta definición tiene su apoyo legal en el artículo 117 CE cuando determina que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, a los que corresponde en exclusiva la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La jurisdicción se perfila así como una función única y exclusiva,

lo que garantiza su esencial imparcialidad. En nuestro derecho rige el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), lo cual no impide que por motivos de división del trabajo existan órdenes jurisdiccionales especializados, como es el caso de la jurisdicción social. Así entendida, la jurisdicción se constituye como uno de los poderes básicos del Estado, el llamado Poder Judicial.

Desde una perspectiva estrictamente procesal, la jurisdicción se puede definir como la función específica estatal por la cual se satisfacen pretensiones en los conflictos jurídicos con arreglo a la ley. Para el derecho procesal, la jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada, debido a que los jueces y Tribunales no pueden conocer de todo tipo de litigios sino solamente de aquellos que tengan atribuidos por Ley (art. 9 LOPJ). Para determinar el juez o Tribunal competente para conocer de un asunto será preciso examinar los distintos criterios materiales, territoriales y funcionales que se estudiarán en el epígrafe cuatro de este capítulo respecto al orden jurisdiccional social.

2. Origen y evolución de los órganos jurisdiccionales del orden social

En líneas generales se puede afirmar que el origen de los órganos jurisdiccionales del orden social es coetáneo con el nacimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social, como consecuencia de la ineficacia de la jurisdicción civil para resolver los conflictos planteados por la aplicación e interpretación de la nueva normativa.

El origen más remoto del orden jurisdiccional social se encuentra en los Tribunales Industriales creados por Ley el 19 de mayo de 1908. Estos Tribunales estaban presididos por un miembro de la carrera judicial y lo componían de manera paritaria representantes de los patronos y de los obreros. Su función básica consistía en dirimir los conflictos en materia de accidentes de trabajo derivados de la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Sus decisiones eran recurribles ante la Audiencia Territorial.

Coexistiendo con los Tribunales Industriales, en 1926 se crearon los Comités Paritarios, encuadrados dentro de la Organización Corporativa Nacional, en plena dictadura del general Primo de Rivera. En su composición participaban los representantes de los patronos y de los obreros y su función consistía en dirimir los conflictos en materia de condiciones de trabajo.

Unos años más tarde, durante la II República, los Comités Paritarios fueron sustituidos por los Jurados Mixtos. Estos Jurados estaban presididos por un representante del Ministerio de Trabajo y sus vocales lo constituían representantes de las asociaciones patronales y de obreros. Los Jurados Mixtos desempeñaban una doble función, tanto de carácter administrativo como judicial. Dentro de las administrativas tenían encomendadas funciones disciplinarias, consultivas y de estadísticas, así como funciones inspectoras y de regulación de las condiciones de trabajo.

En plena guerra civil, en marzo de 1938, se aprueba el Fuero del Trabajo, en cuya declaración VII se prevé la creación de una nueva Magistratura de Trabajo, con sujeción al principio de que esta función de justicia corresponde al Estado. Estas Magistraturas de Trabajo se configuran como tribunales especiales en el orden social y herederas de los Tribunales Industriales y Jurados Mixtos. En cumplimiento de la declaración VII del Fuero del Trabajo, por Decreto de 13 de mayo de 1938 se crearon las Magistraturas de Trabajo y se suprimieron los Tribunales Industriales y los Jurados Mixtos, confiriéndoles a aquellas las facultades que tenían atribuidos en materias jurisdiccionales de solución de conflictos y las funciones administrativas de los Jurados Mixtos pasaron a ser desempeñadas por el Ministerio de Trabajo y la Inspección de Trabajo.

Terminada la guerra civil se produce la creación definitiva de la Magistratura de Trabajo, mediante Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940, la cual se configura como la única institución jurisdiccional contenciosa en la rama social del derecho, dependiente del Ministerio de Trabajo (Capítulo 1, III, 3). Las características de esa naciente jurisdicción laboral son las siguientes: se crea una jurisdicción especial, el

órgano colegiado se convierte en unipersonal, la unicidad de la jurisdicción para toda clase de asuntos laborales, régimen de recursos exclusivamente judiciales y estatificación de la función de justicia, con la desaparición de los representantes de los patronos y de los obreros en la solución jurisdiccional de los conflictos. Las funciones encomendadas a las Magistraturas de Trabajo consistían en la resolución de los conflictos individuales entre empresarios y trabajadores, los conflictos colectivos, las reclamaciones contra el Estado, los pleitos sobre seguridad social, las cuestiones contenciosas entre asociados y sus mutualidades y las ejecuciones en vía de apremio derivadas del incumplimiento de las obligaciones respecto a la Seguridad Social. Además del órgano unipersonal, se creó un órgano específico en segunda instancia, el TCT, y una Sala de lo Social en el TS.

Con la aprobación de la CE de 1978 se suprimen las jurisdicciones especiales como consecuencia del principio de unidad de jurisdicción consagrado en el artículo 117.5, extremo que se lleva a cabo con la LOPJ de 1985 al integrarse las magistraturas en el sistema judicial general y más concretamente con la LDPJ de 1988, por la que las Magistraturas son sustituidas por los Juzgados de lo Social y el TCT por las Salas de lo Social de los TSJ y de la AN.

En la actualidad, los órganos jurisdiccionales del orden social son los siguientes:

- Los Juzgados de lo Social son los órganos básicos del orden jurisdiccional social, de carácter unipersonal, cuya función consiste en conocer en primera y única instancia de todos los litigios encomendados al orden jurisdiccional social, salvo de los atribuidos a las Salas de lo Social de los TSJ o de la AN (art. 6 LJS). Su ámbito territorial coincide con el de la provincia, aunque es habitual que haya varios Juzgados en la capital de la provincia, repartiéndose los asuntos a través del juez decano, e incluso que haya Juzgados de lo Social en distintos pueblos de la provincia, cuya demarcación comprenda uno o varios partidos judiciales.
- Las Salas de lo Social de los TSJ son órganos colegiados constituidos por un Presidente elegido por un período de cinco años y por un número de magistrados determinados por la Ley. En cada TSJ, con sede en la capital de la CA, existirá como mínimo una Sala de lo Social, no obstante, existen CCAA en las que existen más Salas, como es el caso de Andalucía, que tiene tres sedes (Sevilla, Granada y Málaga), Canarias (Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife) y Castilla y León (Burgos y Valladolid) que tienen dos. Su jurisdicción se extiende al ámbito superior al del Juzgado de lo Social pero sin exceder del ámbito territorial de la CA. Conocen en única instancia de una serie de litigios a los que más tarde se hará referencia y en segunda instancia de los recursos de suplicación contra las sentencias de los Juzgados de lo Social y las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de su circunscripción (art. 7 LJS).
- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es una de las Salas que integran la AN, tiene su sede en Madrid y está compuesta por un Presidente y dos magistrados (arts. 62, 64 y 67 LOPJ). Su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional y conocerá en única instancia de aquellos procesos de ámbito superior al de la CA (art. 8 LJS).
- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo es una de las Salas que integran el TS, con sede en Madrid y jurisdicción sobre todo el territorio nacional. La Sala se constituye por tres magistrados (art. 196 LOPJ) y conoce, entre otros asuntos, de los recursos de casación, ordinario y para la unificación de la doctrina, contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Social del TSJ y de la AN y de los recursos de revisión contra las sentencias firmes (art. 9 LJS).

III. ÁMBITO MATERIAL DE LA JURISDICCIÓN DEL ORDEN SOCIAL

Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, pues, de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho (art. 1 LJS), correspondiendo a las normas procesales la determinación de qué pretensiones corresponden a este orden y qué pretensiones no corresponden al mismo. La vigente norma procesal laboral de una manera detallada ha enumerado las distintas materias cuyo conocimiento corresponde a la rama social del derecho (art. 2 LJS) y con idéntica técnica ha enumerado las distintas materias que están excluidas del conocimiento de dicha rama del derecho (art. 3 LJS), garantizando de esta manera la seguridad jurídica.

1. Inclusiones

La LJS ha ampliado, racionalizado y clarificado el ámbito del conocimiento del orden jurisdiccional social respecto a la normativa anterior, concentrando en el mismo todas aquellas materias que de forma directa, o por su conexión puedan calificarse como de sociales, especialmente las cuestiones litigiosas relativas a accidentes de trabajo y que hasta la entrada en vigor de la LJS obligaban a los afectados a acudir a los distintos Juzgados de los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. El objetivo perseguido es conseguir la efectividad, coordinación y seguridad en la respuesta judicial, creándose un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía.

Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, de manera específica, de las siguientes materias:

A) Litigios derivados del contrato de trabajo y de la relación de trabajo, profesional y funcionarial o estatutaria

a) Litigios derivados del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición y los derivados del ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo [art. 2.a) LJS]

Los litigios derivados del contrato de trabajo entre empresarios y trabajadores se refieren a los que se susciten durante la vigencia del mismo, básicamente a los aspectos que afectan a la relación individual, tales como la validez y eficacia del contrato, duración, clasificación profesional, salario, tiempo de trabajo, vicisitudes, extinción y en general todos los derechos y deberes que se deriven del contrato de trabajo.

La LJS al hacer referencia a la relación de trabajo en contraposición al contrato de trabajo, está ampliando el conocimiento de la jurisdicción del orden social no sólo a los litigios que se produzcan durante la vigencia del contrato de trabajo, sino también a aquellos otros previos a la celebración del mismo, tales como procesos de selección (STS 4-5-2000), salvo en el ámbito de las Administraciones Públicas que recaen en el contencioso administrativo y precontratos de trabajo (STS 15-3-1991) y los litigios que pueden interponerse con posterioridad a la vigencia del contrato, tales como los pactos de no concurrencia, permanencia etc. Además, hay que incluir dentro de la expresión relación de trabajo aquellos litigios que se susciten sobre la propia calificación de la relación, ya se trate de una relación laboral por darse las notas configuradoras de la misma (art. 1.1 ET) o se trata de relaciones de otra naturaleza, como por ejemplo una contratación administrativa que encubre una contratación laboral (STS 20-10-98 y 26-7-99) y los litigios para determinar si una relación laboral es de carácter ordinario o de carácter especial (STS 27-1-92 y 28-4-92).

Los litigios derivados del contrato de puesta a disposición a que se refiere la LJS son los que se susciten entre la ETT y sus trabajadores y los que se susciten entre la empresa usuaria y los trabajadores de la ETT puestos a disposición, pero no de los conflictos que surjan entre la ETT y la empresa usuaria cuya relación contractual es de carácter mercantil (Disp. Adic. 1.ª LETT).

b) Litigios en materia de responsabilidad por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la prestación de servicios, ya sean por AT o EP, incluida la acción directa contra la aseguradora [art. 2.b) LJS]

La LJS ha clarificado, es de esperar que una vez por todas, que la deuda de seguridad del empresario, por generar riesgos a sus trabajadores, deriva del contrato de trabajo y, por tanto, corresponde conocer de los litigios que se deriven en dicho ámbito a la jurisdicción social.

Tradicionalmente una mayoría de sentencias se ha venido decantando por la exigencia de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.902 CC) por los incumplimiento de las normas de prevención, obviando el carácter contractual de la relación. En este sentido la jurisprudencia del TS (Sala 1.ª 19-6-1984, 10-5-1984 y 9-1-1985) ha declarado que la preexistencia de relación laboral y el hecho de que el daño se produzca en el ámbito del trabajo no es razón para excluir la culpa extracontractual cuando ésta se deriva de un hecho no ligado directamente a un determinado contenido del contrato, a una obligación contractual. En definitiva, la jurisprudencia del TS ha venido considerando la existencia de dos hechos diferentes: uno ligado al contrato de trabajo y otro ajeno al contrato de trabajo. La existencia de estos hechos ajenos sería la que justificaría la consideración de la culpa como extracontractual.

No obstante, a pesar del empeño de la jurisdicción civil en mantener su propia competencia en el conocimiento de las demandas de responsabilidad de daños y perjuicios producidos dentro del ámbito de la relación laboral, tras la entrada en vigor de la LJS se han disipado todas las dudas sobre el orden jurisdiccional al que se le atribuye el conocimiento, incluidas las demandas contra la entidades aseguradoras de los riesgos empresariales.

c) Litigios suscitados entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, como consecuencia de la prestación de sus servicios [art. 2.c) LJS]

El orden jurisdiccional social tiene atribuido en exclusiva los conflictos relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la prestación de servicios de los socios trabajadores de las sociedades laborales y de las cooperativas de trabajo asociado. Sin embargo, cualquier conflicto surgido entre los mismos que no esté basado en la prestación de servicios o en sus derechos como aportante de trabajo quedará excluido del conocimiento del orden social siendo competencia de la jurisdicción del orden civil (art. 87.2 LC).

d) Litigios suscitados por los trabajadores autónomos dependientes, tanto los individuales y colectivos como los de reclamaciones de responsabilidad [art. 2.d) LJS]

La LJS con esta inclusión no ha hecho sino recoger el mandato que ya establecía la LETA de que los órganos jurisdiccionales del orden social eran los competentes para conocer de las pretensiones derivadas del contrato de trabajo entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, incluidas las reclamaciones de responsabilidad y además todas las cuestiones que se susciten de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional (art. 17.1 LETA), aunque estas últimas se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo.

e) Litigios en materia de prevención de riesgos laborales, ya afecten a las empresas y a sus trabajadores o a las Administraciones Públicas respecto a todo su personal [art. 2.e) LJS]

La seguridad e higiene es uno de los derechos del trabajador y uno de los deberes del empresario que forma parte del contenido del contrato de trabajo (art. 19 ET). Posiblemente, no hubiera hecho falta enumerar los litigios en materia de prevención de una manera independiente ya que se podían subsumir dentro de los litigios derivados del contrato de trabajo y de los derechos y deberes derivados de la relación de trabajo. Sin embargo, se considera acertada su inclusión por un doble motivo: por un lado, por la necesaria y obligatoria implicación de los órganos jurisdiccionales de lo social, como poderes públicos, en la tutela de la prevención de riesgos laborales (art. 40.2 CE), y en segundo lugar, porque debido al carácter

universalista de la LPRL y a su doble naturaleza, laboral y funcionarial, es preciso incluir dentro del conocimiento de la jurisdicción social las impugnaciones de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales respecto a todo su personal, sean funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, los cuales son equiparados plenamente a los trabajadores por cuenta ajena en el ejercicio de sus acciones incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

f) Litigios sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, cuando tengan conexión directa con la prestación de servicios [art. 2.f) LJS]

El artículo 53.2 CE establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad sindical y el derecho de huelga, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. En el orden jurisdiccional de lo social existe una modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 LJS) a través de la cual se protegen los derechos fundamentales cuya vulneración se produzca en esta rama del derecho, como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 22-6-83; 27-3-85 y 29-6-86).

La jurisdicción social conocerá, además, de los litigios que se susciten entre los trabajadores y el empresario o terceros que estén vinculados a aquél por cualquier título por la vulneración de derechos fundamentales, de las reclamaciones en materia de libertad sindical y derecho de huelga frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas respecto exclusivamente a su personal laboral y de las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia de la jurisdicción social.

B) Litigios colectivos

a) Litigios en procesos de conflictos colectivos [art. 2.g) LJS]

Se consideran conflictos colectivos aquellos que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, pactos o acuerdos de empresa y prácticas de empresa.

Además se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo, la impugnación de las decisiones empresariales de carácter colectivo respecto a traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, así como las discrepancias suscitadas en la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (art. 153.1 LJS).

También se tramitarán conforme a este proceso la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como de los litigios que se susciten por incumplimiento del deber de sigilo (art. 153.3 LJS).

Sin embargo, no se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo los relativos a materias de Seguridad Social, aunque afecten a un gran número de beneficiarios, ya que no se está ante una controversia sobre derechos y obligaciones del contrato de trabajo, sino ante una actividad de prestación de una Administración pública (STS 17-7-2002)

b) Litigios sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, así como sobre impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social [art. 2.h) LJS]

Estos litigios se pueden plantear cuando se considere que el convenio colectivo, acuerdo o laudo arbitral, sustitutivo de éstos, conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros (art. 163.1

LJS). El hecho de que el legislador haya empleado los términos «cualquiera que sea su eficacia» permite entender que son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción social tanto los convenios estatutarios como los extra estatutarios y los pactos o prácticas de empresa.

Son objeto de conocimiento de la jurisdicción social las impugnaciones de los laudos arbitrales de naturaleza social, tales como los dictados en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas y de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada (introducido este último inciso por el art. 20.Cinco LEMURMEL).

También conocerá la jurisdicción social de los convenios y acuerdo concertados por las Administraciones Públicas cuando sean de aplicación exclusiva al personal laboral y lo mismo cabe decir de los laudos arbitrales dictados respecto a las Administraciones Públicas, cuando afecten exclusivamente al personal laboral.

c) Litigios en procesos sobre materia electoral, incluidas las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas [art. 2.i) LJS]

Podrán ser objeto de conocimiento por parte de la jurisdiccional social los laudos arbitrales que resuelvan las impugnaciones relativas al proceso electoral desde la promoción de elecciones hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral (art. 127.1 y 2 LJS). Esta impugnación habrá de basarse: en la indebida apreciación o no apreciación de los vicios graves que puedan afectar a las garantías del proceso electoral, a la capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, a la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y en la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos; haber resuelto el laudo aspectos no sometidos al arbitraje; promover el arbitraje fuera de los plazos fijados legalmente y por no haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas (arts. 128 LJS y 76.2 ET).

Además de la impugnación de los laudos arbitrales, la jurisdicción social conocerá de las impugnaciones de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas relativas a elecciones de delegados de personal y miembros del Comité de Empresa (art. 133 LJS) y de las impugnaciones de las resoluciones de la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral relativas a la expedición de certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos (art. 136.1 LJS).

Las impugnaciones a las elecciones a los órganos de representación de personal al servicio de las Administraciones Públicas corresponden, también, a la jurisdicción social tanto en lo que se refiere al conocimiento de las reclamaciones contra la denegación de la inscripción de actas electorales (art. 23.2 RDER) como de la impugnación de los laudos arbitrales (art. 37.3 RDER).

C) Litigios en materia sindical y asociacionismo empresarial

a) Litigios sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación[art. 2.j) LJS]

Los sindicatos constituidos al amparo de la LOLS adquieren personalidad jurídica y plena capacidad de obrar cuando depositen sus estatutos en la oficina pública esta-blecida al efecto (art. 4.1 LOLS) y hayan transcurrido veinte días desde su depósito (art. 4.7 LOLS), por ello la LJS regula dos modalidades procesales: la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos presentados para su publicidad (art. 167 LJS) o la impugnación de la resolución administrativa denegatoria del depósito de la modificación de estatutos de los sindicatos que ya tuvieran personalidad (art. 172 LJS) y la impugnación de los estatutos de los sindicatos que hayan sido objeto de depósito y publicación, tanto en el supuesto de que estén en fase de constitución como en el de que hayan adquirido personalidad jurídica (art. 173 LJS).

b) Litigios sobre el régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo que afecta a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados [art. 2.k) LJS]

El orden jurisdiccional social conocerá de estos litigios tanto si los sindicatos son de trabajadores como si son de funcionarios (STS 12-6-1998). Estos litigios hacen referencia a los que se susciten como consecuencia de la elección de sus cargos de representación, gobierno y administración, al funcionamiento democrático del sindicato (art. 7, último inciso, CE), a la pérdida de condición de afiliado y a los litigios planteados como consecuencia del régimen disciplinario interno del sindicato.

c) Litigios sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación (art. 2.l LJS)

Estas asociaciones empresariales deben desarrollar sus actividades en el campo de las relaciones laborales (STS 25-1-1999), siendo competente el orden jurisdiccional social para conocer de los litigios sobre impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos de las mismas, o de sus modificaciones, así como de la declaración de no conforme a derecho de dichos estatutos o sus modificaciones (art. 176 LJS).

d) Litigios sobre la responsabilidad de los sindicatos y de las asociaciones empresariales por infracción de normas de la rama social del Derecho [art. 2.m) LJS]

Los sindicatos constituidos al amparo de la LOLS responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos de dirección en la esfera de sus competencias (art. 5.1 LOLS), sin embargo, el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que se pueda demostrar que actuaban por cuenta del sindicato (art. 5.2 LOLS). Está responsabilidad abarcará la esfera laboral, civil, penal, y administrativa, limitándose la jurisdicción social a conocer de las responsabilidades que se deriven del previo incumplimiento de las normas sociales, como pudiera ser la demanda de daños y perjuicios por una huelga declarada ilegal (STS 30-6-90).

D) Litigios sobre impugnación de resoluciones administrativas

a) Litigios sobre impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral [art. 2.n) LJS]

La LJS ha vuelto a incidir en la competencia de la jurisdicción social sobre el conocimiento de los litigios sobre impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral, como ya había hecho la extinta LPL (art. 3.2). Sin embargo, ésta fijaba un plazo de nueve meses desde su entrada en vigor para que por parte del Gobierno se remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley que incluyera las modalidades procesales oportunas dentro de la LPL, transcurrido ese plazo sin que se remitiera el proyecto de ley, los referidos litigios han continuado siendo competencia de la jurisdicción contencioso administrativa hasta la fecha de entrada en vigor de la LJS, que ha regulado una nueva modalidad procesal, a partir de una demanda contenciosa laboral análoga al recurso contencioso administrativo, que sirve de cauce a la impugnación de los actos administrativos en materia laboral (art. 151 LJS).

Las impugnaciones de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral que son objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional social son: las recaídas en expedientes de regulación por causas de fuerza mayor, ya sean de reducción, suspensión o extinción del contrato de trabajo; las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral (STS 8-7-13 sobre período transitorio) y sindical y, el resto de impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.

La reforma laboral operada en 2012 ha dado nueva redacción al artículo 2.n) LJS eliminando todas las referencias a las resoluciones administrativas de suspensión o reducción de jornada, así como de despidos colectivos en coherencia con las modificaciones operadas en dichas materias (art. 20.Uno RDL MURMEL). Sin embargo, posteriormente se ha vuelto a modificar el apartado n) del artículo 2 LJS incluyendo en el mismo a las resoluciones administrativas recaídas en los expedientes de regulación de empleo por causas de fuerza mayor, ya sean de reducción de contrato, suspensión o extinción del contrato (art. 20.Uno LEMURMEL) resolviendo de esta manera las deficiencias y carencias técnicas de la primitiva redacción.

b) Litigios sobre impugnación de actos de las Administraciones Públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa en materia de Seguridad Social [art. 2.s) LJS]

Estos actos de las Administraciones Públicas han de ser dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, incluida la sancionadora. Obviamente, no se hace referencia a los litigios en materia de prestaciones de Seguridad Social que a pesar de su conocimiento por el orden jurisdiccional social tienen una identidad propia.

Sin embargo, no son competencia de la jurisdicción social la impugnación de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas, variaciones de datos, liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción coordinadas con aquéllas y los actos de gestión recaudatoria.

E) Litigios contra las Administraciones Públicas, distintos a los de impugnación de resoluciones administrativas

a) Litigios contra las Administraciones Públicas, incluido el FGS, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral [art. 2.ñ) LJS]

Entre estos litigios podemos citar la responsabilidad del Estado por exceso de salarios de tramitación (arts. 116 a 119 LJS) y las diferentes responsabilidades que tiene el FGS (art. 33 ET).

b) Litigios en materia de intermediación laboral [art. 2.p) LJS]

La reforma del mercado de trabajo de 2010 (LEMURMET) inició una apertura a la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral, a pesar de que reservase a los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico un papel fundamental en la intermediación y la colocación. En este contexto, se han regulado las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro con el objeto de complementar la actividad de los servicios públicos de empleo, los cuales les conceden la autorización administrativa para poder ejercer su actividad y tendrán el carácter de entidades colaboradoras cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos.

La jurisdicción social conocerá de los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo respecto a la intermediación laboral, así como los que surjan entre las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente.

F) Litigios en materia de Seguridad Social

a) Litigios en materia de prestaciones de Seguridad Social [art. 2.o) LJS]

El orden jurisdiccional social conocerá de los litigios que se le planteen sobre las prestaciones de Seguridad Social, tanto contributivas como asistenciales, de los regímenes de Seguridad Social que no estén

expresamente excluidos de dicho orden, como es el caso de los Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Personal al Servicio de la Administración de Justicia. Estos litigios versarán sobre el reconocimiento de las prestaciones, determinación de su contingencia, cuantía de la prestación, revisión de las prestaciones reconocidas, base reguladora de la prestación y recargo de prestaciones, entre otras materias.

La LJS incluye expresamente dentro de estos litigios los que puedan derivarse de la protección de desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia. Asimismo conocerá el orden social sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos e igualmente de las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la LAPAP las cuales tienen la misma consideración que las prestaciones de la Seguridad Social. Igualmente corresponde al orden social de la jurisdicción el conocimiento de los litigios entre trabajadores y Fondos de promoción de Empleo (STS 15-12-88 y 23-7-90)

Están expresamente excluidos del conocimiento de la jurisdicción social los litigios suscitados por las ayudas de asistencia social y los servicios sociales externos a la Seguridad Social que conceden las CCAA (STS 26-5-2004), así como las reclamaciones de responsabilidad por deficiencias de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa [arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LRJCA].

b) Litigios sobre mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social [art. 2.q) LJS]

Estos litigios incluyen los que se susciten por los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo. Abarca, pues, todas las formas de previsión voluntaria, de carácter complementario o suplementario, por lo que el orden social conocerá de las reclamaciones sobre mejoras, tanto frente al empresario, como frente a entidades aseguradoras, gestoras de planes de pensiones y similares. Respecto al contrato de seguro, aunque tenga naturaleza mercantil, los litigios derivados de la aplicación e interpretación del mismo serán competencia de la jurisdicción social, dado que a través del mismo se materializa la eficacia de la mejora.

La LJS establece como novedad que los litigios derivados de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de AT o EP, que pudieran establecerse por las Administraciones Públicas a favor de cualquier beneficiario, también, serán conocimiento de la jurisdicción social.

c) Litigios entre los asociados y las mutualidades, así como entre las fundaciones laborales o entre éstas y sus beneficiarios [art. 2.r) LJS]

Estos litigios han de versar sobre prestaciones y no sobre aspectos meramente asociativos y orgánicos que quedarán fuera del conocimiento del orden jurisdiccional social. Tampoco conocerá la jurisdicción social de los litigios de los afiliados con las Mutualidades de Previsión Social de los Colegios profesionales, que corresponderá al orden jurisdiccional civil.

Se debe tener en cuenta que no es preciso que los mutualistas ni los beneficiarios de las fundaciones laborales sean trabajadores por cuenta ajena, dado que el legislador ha querido darle una identidad propia a este litigio, ya que en caso contrario, si se tratara de trabajadores por cuenta ajena, se encontrarían incluidos en el punto A) del propio artículo 2 LJS.

G) Litigios sobre cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por Ley [art. 2.t) LJS]

Entre estos litigios se podrían citar los suscitados sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria (LIEC), los suscitados sobre la implicación

de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (LISE) y la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, que deberá tramitarse por la modalidad procesal de conflicto colectivo.

H) Cuestiones previas y prejudiciales

Los órganos jurisdiccionales del orden social tienen competencia para conocer y decidir sobre las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo (art. 4.1 LJS). Estas cuestiones previas y prejudiciales serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso, produciendo efectos únicamente en el mismo (art. 4.2 LJS). Un ejemplo de cuestión prejudicial sería la práctica de retención del IRPF en los salarios de tramitación en un proceso de ejecución de sentencia firme de despido (STS 24-11-2009).

Esta competencia prejudicial de los órganos de la jurisdicción social tiene dos excepciones: la primera viene referida a las cuestiones que sean competencia del juez de lo mercantil relativa al concurso (art. 4.1, in fine, LJS), y la segunda, se refiere a las cuestiones prejudiciales penales que se fundamenten en falsedad documental producida después de constituido el título ejecutivo, cuyo conocimiento corresponde al órgano judicial competente y producen el efecto de suspender el proceso principal hasta tanto no se resuelva la cuestión prejudicial (art. 4.3 y 4 LJS).

2. Exclusiones

La LJS además de realizar una enumeración exhaustiva, en términos positivos, de las materias que son competencia de la jurisdicción social, delimita de manera negativa las materias que no son competencia de dicho orden.

En este apartado se va a enumerar y estudiar las distintas materias sobre las que los órganos jurisdiccionales del orden social no tienen competencia (art. 3 LJS):

A) Litigios sobre la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación

Estos litigios están excluidos del conocimiento de la jurisdicción social aunque las disposiciones impugnadas regulen materias laborales, sindicales o de Seguridad Social.

B) Litigios en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre el empresario y los servicios prevención

La exclusión de estos litigios obedece a que la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales (art. 24 LPRL) se realiza entre empresas y la vinculación entre éstas es estrictamente mercantil y lo mismo ocurre con el concierto que suscriben las empresas y los servicios de prevención ajenos (art. 20 RSP), por lo que será a dicha jurisdicción a la que corresponderá conocer de los litigios.

C) Litigios sobre tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas

La razón por la cual la jurisdicción social no conoce de estos litigios estriba en que tanto los funcionarios públicos y personal estatutario [art. 1.3.a) ET] como los consejeros o miembros de los órganos de admi-

nistración de las empresas, cuya actividad en la empresa se limite a la realización de cometidos inherentes al cargo [art. 1.3.c) ET] están excluidos del ámbito de aplicación del ET al no existir relación laboral.

De los litigios suscitados por los funcionarios y el personal estatutario sobre tutela de libertad sindical y huelga conoce el orden jurisdiccional contencioso administrativo (STS 6-2-2001 y 28-1-2004), lo que puede dar lugar a que en aquellos centros de trabajo en los que presten servicios personal laboral y funcionarios, unos mismos hechos se pueden enjuiciar en procesos distintos en el orden social y contencioso administrativo y que haya pronunciamientos distintos.

Los litigios entre las empresas y sus consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas al tratarse de problemas societarios conocerá la jurisdicción mercantil.

D) Litigios sobre los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga

En caso de huelga corresponde a la autoridad gubernativa el adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad (art. 10, párrafo segundo, DLRT), por lo tanto, de las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativa.

No obstante, al orden social corresponde conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral.

E) Litigios sobre los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas y el personal funcionario o estatutario de los servicios de salud

Estos litigios están excluidos del conocimiento del orden jurisdiccional social, aunque se apliquen conjuntamente al personal laboral. También están excluidos del orden social los litigios sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.

Los litigios que se susciten sobre la aplicación e interpretación de los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas corresponde su conocimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa.

F) Litigios sobre las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social

Los litigios excluidos del conocimiento del orden jurisdiccional social son los de las impugnaciones de los actos administrativos relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores. También están excluidos los litigios en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción coordinadas con dicha liquidación de cuotas, así como los actos de gestión recaudatoria y los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la TGSS. De estos litigios conocerá el orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

Como ya se ha visto, los actos administrativos en materia de Seguridad Social son objeto de conocimiento tanto por parte del orden jurisdiccional social como del contencioso administrativo. Se recuerda que al orden jurisdiccional social corresponde el conocimiento de los litigios en materia de prestaciones, tanto en lo que respecta al reconocimiento de las mismas como a su contenido, y además la impugnación de los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa dictados en el ejercicio de sus potestades

y funciones en materia de Seguridad Social, incluida la potestad sancionadora, distintos de los que corresponden al contencioso administrativo.

Además, también estarán excluidos del orden jurisdiccional social la impugnación de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas, salvo que se refieran a prestaciones de Seguridad Social o impugnación de actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, que corresponderá su conocimiento al orden social.

G) Litigios sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados

El conocimiento de estos litigios se atribuye al orden jurisdiccional contencioso administrativo, aun cuando en la producción del daño concurran dichos organismos con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

H) Litigios reservados por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso

A los Juzgados de lo Mercantil se le atribuye el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado (art. 8.2 LCo), absteniéndose de conocer los jueces de lo social ante los que se interpongan demandas que deba conocer el juez del concurso (art. 50.1 LCo) y si se interponen con posterioridad al concurso deberá ser emplazada la administración concursal si la misma tiene transcendencia para el patrimonio del deudor (art. 50.2 LCo).

En vía de ejecución, una vez declarado el concurso no se podrán iniciar ejecuciones singulares, quedando en suspenso desde la fecha de declaración del concurso. Sin embargo, podrán continuar las ejecuciones efectuadas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor (art. 55 LCo).

No obstante lo anterior, el conocimiento de los recursos contra las decisiones del Juez de lo Mercantil son competencia de la Sala de lo Social del TSJ que corresponda, aunque la ejecución de lo acordado corresponderá nuevamente al Juez de lo Mercantil.

IV. REGLAS DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DEL ORDEN SOCIAL

Los órganos judiciales sólo conocerán de aquellos asuntos que les hayan sido atribuidos por las leyes (art. 9.1 LOPJ), teniendo la jurisdicción el carácter de improrrogable (art. 9.2 LOPJ).

Las reglas procesales de competencia tienen como finalidad el determinar qué órganos de la jurisdicción social es competente para conocer de un determinado asunto (competencia objetiva) o para conocer de un determinado recurso (competencia funcional) o para conocer de un asunto atendiendo a las distintas circunscripciones existentes (competencia territorial).

1. Competencia objetiva, funcional y territorial

A) Competencia objetiva

La competencia objetiva es aquella regla procesal que permite distribuir el ejercicio de la potestad jurisdiccional entre los distintos órganos jurisdiccionales de un mismo orden jurisdiccional en atención a la naturaleza de la pretensión procesal que constituye el objeto de cada proceso.

a) Competencia objetiva de los Juzgados de lo Social

Los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, con excepción de los asignados a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a los Juzgados de lo Mercantil (art. 6.1 LJS). También conocerán en única instancia (art. 6.2 LJS):

- De los procesos de impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical.
- De los procesos de impugnación de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral o sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.
- De los procesos de impugnación de actos de Administraciones Públicas, sujetos al derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las prestaciones.
- De los procesos de impugnación de actos de Administraciones Públicas, sujetos al derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social, excepto las relativas a inscripción de empresas, afiliación, alta, bajas y variaciones de datos, así como en materia de liquidación de cuotas y gestión recaudatoria.

Estos actos de Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo serán dictados por:

- Los órganos de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella siempre que su nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado.
- Las Administraciones de las CCAA, salvo los que procedan del respectivo Consejo de Gobierno.
- Las Administraciones de las entidades locales.
- Cualquier otro organismo o entidad de derecho público que pudiera ostentar alguna de las competencias administrativas cuyo conocimiento se atribuya al orden jurisdiccional social.

b) Competencia objetiva de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de aquellos procesos cuyos efectos se extiendan a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la CA y cuyas pretensiones versen (art. 7 LJS):

- Sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de discriminación y al acoso.
- Sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones Públicas referidas exclusivamente al personal laboral.

- Sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños.
- Sobre conflictos colectivos.
- Sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados por las Administraciones Públicas cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral.
- Sobre impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos. De haberse dictado respecto de las Administraciones Públicas, cuando dichos laudos afecten en exclusiva al personal laboral.
- Sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación.
- En materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados.
- Sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación.
- De los procesos de despido colectivos impugnados por los representantes de los trabajadores cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de la CA (supuesto introducido por el art. 20.Tres LEMURMEL).
- De los acuerdos remitidos por la autoridad laboral competente a la autoridad judicial cuando aquella apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como cuando la autoridad laboral bien de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, cuando el acuerdo remitido por la autoridad laboral extienda sus efectos a un ámbito territorial no superior a una CA (supuesto introducido por el art. 20.Tres LEMURMEL).
- La impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en los expedientes de reducción de jornada, suspensión o extinción del contrato de trabajo derivado de fuerza mayor, cuando el acto administrativo impugnado extienda sus efectos a un ámbito territorial no superior a una CA (supuesto introducido por el art. 20.Tres LEMURMEL).

También conocerán, en única instancia, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de los procesos de impugnación de actos de las Administraciones Públicas atribuidos al orden jurisdiccional social y a los que ya se ha hecho referencia al tratar de la competencia de los Juzgados de lo Social, cuando hayan sido dictados por el Consejo de Gobierno de la CA o por órganos de la AGE con nivel orgánico de Ministro o Secretario de Estado, siempre que, en este último caso, el acto haya confirmado, en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela, los que hayan sido dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.

c) Competencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

La Sala de lo Social de la AN conocerá en única instancia (art. 8.1 LJS):

- De los mismos procesos que conocen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, pero siempre que dichos procesos extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una CA.
- De la impugnación de laudos, de haber correspondido, en su caso, a esta Sala el conocimiento del asunto sometido a arbitraje.
- De los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una CA (supuesto introducido por el art. 20.Cuarto LEMURMEL).
- De los acuerdos remitidos por la autoridad laboral competente a la autoridad judicial cuando aquella apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como cuando la autoridad laboral bien de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, cuando el acuerdo remitido por la autoridad laboral extienda sus efectos a un ámbito territorial superior a una CA (supuesto introducido por el art. 20.Cuarto LEMURMEL).
- La impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en los expedientes de reducción de jornada, suspensión o extinción del contrato de trabajo derivado de fuerza mayor, cuando el acto administrativo impugnado extienda sus efectos a un ámbito territorial superior a una CA (supuesto introducido por el art. 20.Cuarto LEMURMEL).

También conocerá la Sala de lo Social de la AN en única instancia y con independencia de su ámbito territorial de afectación, de los procesos de impugnación de actos de Administraciones Públicas atribuidos al orden jurisdiccional social y a los que ya se ha hecho referencia al tratar de la competencia de los Juzgados de lo Social, cuando hayan sido dictados por órganos de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella cuyo nivel orgánico sea de Ministro o Secretario de Estado bien con carácter originario o bien cuando rectifiquen por vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional (art. 8.2 LJS).

d) Competencia objetiva de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los procesos de impugnación de actos de Administraciones Públicas atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros [art. 9.a) LJS].

B) Competencia funcional

La competencia funcional es aquella regla procesal que determina a qué órgano jurisdiccional corresponde conocer y decidir los incidentes y recursos que se presentan en el proceso.

a) Competencia funcional de los Juzgados de lo Social

A los Juzgados de lo Social les corresponde conocer de la ejecución de las sentencias dictadas en instancia, incluidas las resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso (art. 237.2 LJS).

También tienen competencia los Juzgados de lo Social para conocer de la impugnación del acuerdo de conciliación o mediación alcanzado ante el servicio administrativo en los conflictos individuales y plurales (art. 67.1 LJS), así como de aquellos títulos en los que no hubiere mediado intervención judicial.

b) Competencia funcional de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

A las Salas de lo Social de los TSJ les corresponde conocer de los recursos de suplicación establecidos en la LJS contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción [art. 7.c) LJS], así como de los recursos de suplicación contra los autos de los jueces de lo mercantil a que se refieren los artículos 64.8 y 197.8 LCo [art. 7.d) LJS introducido por el art. 20.Tres LEMURMEL] y de las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de su circunscripción [art. 7.d) LJS].

c) Competencia funcional de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

La Sala de lo Social de la AN no tiene competencia funcional para conocer de recursos contra resoluciones de otros órganos de la jurisdicción social. No obstante, podrá conocer de los recursos interpuestos contra sus propias resoluciones y además, le corresponde la ejecución de las resoluciones de los procesos en los que conoce en única instancia (art. 237.2 LJS).

d) Competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

La Sala de lo Social del TS conocerá de los recursos de casación, tanto del ordinario como del de unificación para la doctrina [art. 9.b) LJS], así como de la revisión de sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales del orden social y de la revisión de laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social [art. 9.c) LJS].

También conocerá la Sala de lo Social del TS de las demandas de error judicial cuando el órgano al que se impute el error pertenezca al orden jurisdiccional social, salvo cuando éste se atribuyese a la propia Sala de lo Social del TS o a alguna de sus secciones en que la competencia corresponderá a la Sala formada por el Presidente del TS, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas [arts. 9.d) LJS y 61 LOPJ].

Y, por último, la Sala de lo Social del TS conocerá de las cuestiones de competencia suscitadas entre órganos del orden jurisdiccional social que no tengan otro superior jerárquico común [art. 9.e) LJS].

C) *Competencia territorial*

La competencia territorial es aquella regla procesal que determina la circunscripción territorial en la que ha de tener su sede el órgano jurisdiccional con competencia objetiva y funcional (Capítulo 3, III, 2). Tanto la Sala de lo Social de la AN como la Sala de lo Social del TS son Salas únicas y con competencia en todo el territorio del Estado, por lo que se va a limitar el estudio, como hace la LJS, a los otros órganos de la jurisdicción social.

a) Competencia territorial de los Juzgados de lo Social

Con carácter general, el demandante podrá determinar la competencia territorial del Juzgado de lo Social, ya que se le confiere la potestad de elegir entre el Juzgado del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado (art. 10.1, párrafo primero, LJS). La misma regla rige respecto a las demandas contra las Administraciones Públicas empleadoras, con la salvedad de que el demandante podrá elegir como Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el de su propio domicilio, excepto cuando presten servicios en el extranjero, en que será juzgado competente el del domicilio de la Administración Pública demandada (art. 10.1, párrafo cuarto, LJS).

Como casos particulares de la regla general:

- Si la prestación de servicios laborales se realiza en distintas circunscripciones territoriales, el trabajador podrá elegir como Juzgado competente el de aquella circunscripción en la que tenga

el domicilio, o bien el del lugar de celebración del contrato si se hallara en el mismo el demandado y pudiera ser citado, o en el domicilio del demandado (art. 10.1, párrafo segundo, LJS).

- Si fuesen varios los demandados, y se optare por el fuero del domicilio, el actor podrá elegir el de cualquiera de los demandados (art. 10.1, párrafo tercero, LJS).

De una manera específica y atendiendo a las peculiaridades de cada proceso, será juzgado competente (art. 10.2 LJS):

- En los procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social y en los procesos de intermediación laboral, elegirá el demandante entre el de la circunscripción en que se haya producido la resolución originaria, expresa o presunta, o el juzgado de su domicilio, si bien, cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las CCAA o de las entidades de la Administración Local, la elección se entenderá limitada a los juzgados comprendidos dentro de la circunscripción de la Sala de lo Social del TSJ en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.
- En los procesos en materias de mejoras de la Seguridad Social y en los procesos entre mutualidades y asociados, el demandante podrá optar entre el del domicilio del demandado o su propio domicilio. No obstante, en los procesos entre Mutualidades de Previsión, regirá en todo caso el fuero de la demandada.
- En los procesos de reclamación de salarios de tramitación frente al Estado, conocerá el juzgado que dictó la sentencia de despido.
- En los procesos sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos y asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación, el de la sede del sindicato o de la asociación empresarial.
- En los procesos sobre el régimen jurídico específico de los sindicatos y en los procesos sobre responsabilidad de los sindicatos y asociaciones empresariales por vulneración de las normas del orden social, el del lugar en que se produzcan los efectos del acto o actos que dieron lugar al proceso.
- En los procesos sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, el del lugar donde se produjo o, en su caso, al que se extiendan los efectos de la lesión, o las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela.
- En los procesos electorales, el del lugar en cuya circunscripción esté situada la empresa o centro de trabajo.
  - Si los centros están situados en municipios distintos, en que ejerzan jurisdicción juzgados diferentes, el del lugar en que inicialmente hubiera de constituirse o se hubiera constituido la mesa electoral.
  - Si se trate de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas electorales o las relativas a expedición de certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales, la competencia corresponderá al Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se encuentre la oficina pública correspondiente.
- En los procesos de impugnación de convenios colectivos o laudos sustitutivos de aquéllos y en los de conflictos colectivos, el de la circunscripción a que se refiera el ámbito de aplicación del convenio o laudo impugnado, o en que se produzcan los efectos del conflicto, respectivamente.
  - En las acciones de impugnación y recursos judiciales de impugnación de los restantes tipos de laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social, el de la circunscrip-

ción del juzgado al que le hubiera correspondido, en su caso, el conocimiento del asunto sometido a arbitraje.

En el resto de procesos de impugnación de actos de Administraciones Públicas atribuidos a los Juzgados de lo Social, la competencia territorial de los mismos se determinará (art. 10.4 LJS):

- Con carácter general, será competente el juzgado en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado el acto originario impugnado.
- En la impugnación de actos que tengan un destinatario individual, el demandante podrá elegir entre interponer la demanda ante el juzgado del domicilio de éste, si bien, cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las CCAA o de las entidades de la Administración Local, la elección se entenderá condicionada a que el juzgado del domicilio esté comprendido dentro de la circunscripción de la Sala de lo Social del TSJ en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado. Si el acto afectase a una pluralidad de destinatarios se aplicará la regla general.

b) Competencia territorial de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

La competencia territorial para el conocimiento de los procesos atribuidos en instancia a las Salas de lo Social de los TSJ corresponderá (art. 11.1 LJS):

- En los de impugnación de convenios colectivos o laudos sustitutivos de los anteriores y en los de conflictos colectivos, a la del Tribunal en cuya circunscripción se produzcan los efectos del conflicto o a la de aquel a cuya circunscripción se extienda el ámbito de aplicación de las cláusulas del convenio, acuerdo o laudo impugnado.
- En los que versen sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos y asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación, a la del Tribunal en cuya circunscripción tengan su sede el sindicato y la asociación empresarial a que se refiera.
- En los que versen sobre régimen jurídico específico de los sindicatos y sobre la responsabilidad de los sindicatos y de las asociaciones empresariales por infracción de normas de la rama social del Derecho, a la del Tribunal en cuya circunscripción se produzcan los efectos del acto que diera lugar al proceso.
- En los que versen sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, a la del Tribunal en cuya circunscripción se produzca o, en su caso, se extiendan los efectos de la lesión, las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela.

No obstante, cuando existan varias Salas de lo Social en un mismo TSJ, la competencia territorial de cada una de ellas se determinará atendiendo a la circunscripción territorial de la Sala (art. 10.2 LJS) y en el caso de que los efectos de la cuestión litigiosa se extiendan a las circunscripciones de varias Salas, sin exceder del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, conocerá la que corresponda según las reglas de reparto que al efecto haya aprobado la Sala de Gobierno del TSJ (art. 11.3 LJS).

Por último, en las impugnaciones de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral, sindical y seguridad social, distintas de las prestaciones, que pongan fin a la vía administrativa y cuyo conocimiento tenga atribuido las Salas de lo Social de los TSJ, la competencia territorial de las mismas se determinará según las siguientes reglas (art. 11.4 LJS):

- Cuando el acto impugnado proceda del Consejo de Gobierno de la CA, la competencia corresponderá a la Sala de lo Social del TSJ en cuya circunscripción tenga su sede el mencionado órgano de gobierno.
- Cuando el acto impugnado proceda de un Ministro o Secretario de Estado, el conocimiento del asunto corresponderá a la Sala de lo Social en cuya circunscripción tenga su sede el órgano autor del acto originario impugnado, o, cuando tenga un destinatario individual, a la Sala de lo Social en cuya circunscripción tenga su domicilio el demandante, a elección de éste. Si el acto afectase a una pluralidad de destinatarios y fueran diversas las Salas competentes según la regla anterior, la competencia vendrá atribuida a la Sala de la sede del órgano autor del acto originario impugnado.

2. Conflictos y cuestiones de competencia

Los conflictos y cuestiones de competencia se producen cuando dos órganos jurisdiccionales estiman que tienen competencia para conocer de un mismo asunto, o por el contrario, entienden que la competencia para conocer del asunto corresponde al otro órgano. Estas situaciones generan inseguridad jurídica y es preciso que el derecho busque soluciones para que el particular no vea menoscabados sus derechos a la tutela judicial efectiva. Atendiendo a los órganos jurisdiccionales implicados, si son del mismo orden jurisdiccional o si son de distinto, se distinguirá entre las cuestiones competencia y los conflictos de competencia.

A) Conflictos de competencia

Son aquellos conflictos que se plantean entre dos órganos de distinto orden jurisdiccional, cuando entienden que la materia objeto de controversia es de la competencia de su respectiva jurisdicción.

La regulación de estos conflictos de competencia está contenida en la LOPJ (arts. 12 LJS y 43 a 50 LOPJ) y el órgano que los resuelve es la Sala de conflictos del TS, cuya sentencia se limita a resolver el caso debatido, sin crear jurisprudencia (STS 10-7-1995).

La tramitación del conflicto se puede iniciar de dos formas distintas:

- Cuando los dos órganos jurisdiccionales se declaran incompetentes por razón de la materia (art. 9.6 LOPJ). La segunda resolución será recurrible ante el propio órgano que dictó la resolución recurrida, la cual la elevará ante la Sala de conflictos del TS para su resolución. La Sala de conflictos solicitará al primer órgano judicial que se declaró incompetente que le remita las actuaciones y oirá al Ministerio Fiscal. En un plazo no superior a diez días dictará Auto en el que se declarará la competencia para conocer el conflicto a uno de los dos órganos que se hayan declarado incompetentes.
- Cuando los órganos jurisdiccionales, todavía no se han declarado incompetentes, pero otro órgano judicial de oficio, el Ministerio fiscal o cualquiera de las partes interesadas solicitan el conflicto. Esta solicitud se puede dirigir o bien ante el órgano que está conociendo del asunto para que decline su competencia en el otro órgano jurisdiccional, o bien ante el órgano que a juicio del solicitante es el competente, para que por parte de éste se recabe la competencia del órgano que esté conociendo. Si no hay acuerdo entre los dos órganos judiciales respecto a la competencia, se elevarán las actuaciones ante la Sala de conflictos del TS, la cual previa audiencia al Ministerio Fiscal, dictará Auto en el plazo de diez días resolviendo el conflicto de competencia. Contra el Auto no cabrá recurso.

B) Cuestiones de competencia

Las cuestiones de competencia son los conflictos que se suscitan entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional respecto a la competencia para conocer de un determinado asunto.

No podrán suscitarse cuestiones de competencia entre jueces y Tribunales subordinados entre sí (art. 13.1 LJS), por lo que ningún órgano judicial puede plantear una cuestión de competencia a un órgano jerárquicamente superior, correspondiendo a éste fijar su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 52 LOPJ).

Por otra parte, las cuestiones de competencia que se susciten entre órganos del orden social de la jurisdicción serán decididas por el inmediato superior común (art. 13.2 LJS), así, por ejemplo, las cuestiones de competencia que se susciten entre dos Juzgados de lo Social de una misma CA, será la Sala de lo Social del TSJ de dicha CA la que resolverá dicha cuestión, en los restantes casos, conocerá y resolverá la cuestión de competencia la Sala de lo Social del TS.

Con carácter general las cuestiones de competencia se sustanciarán y decidirán con sujeción a lo dispuesto en la LEC, con las excepciones siguientes (art. 14 LJS):

- Las declinatorias se propondrán como excepciones y serán resueltas previamente en la sentencia, sin que suspendan la tramitación de los autos.
- Si se estimase la declinatoria, el demandante podrá deducir su demanda ante el órgano territorialmente competente, y si la acción estuviese sometida a plazo de caducidad se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme.

3. Competencia judicial internacional del orden social

La LJS alude a la competencia judicial internacional de una manera genérica cuando se refiere, junto a otros supuestos, a la falta de competencia internacional, estableciendo que los órganos jurisdiccionales si así lo estimaren dictarán Auto y comunicarán al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho (art. 5.1 LJS) e igual declaración deberán hacer en los mismos supuestos al dictar sentencia, absteniéndose de entrar en el conocimiento del fondo del asunto (art. 5.2 LJS).

Sin embargo, la LJS no determina quién es el juez competente en los supuestos de litigios en los que existe un elemento de extranjería, ya sea la nacionalidad, el domicilio, el lugar de celebración del contrato o el lugar de la prestación de servicios.

En nuestro derecho interno, la LOPJ establece la regla general de atribución de competencia a los Juzgados y Tribunales españoles de los juicios que se susciten en el territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros (art. 21 LOPJ). De esta regla general se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos en los Tratados internacionales.

En materia del orden social la LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes (art. 25 LOPJ):

- En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, siempre que:
  - Los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español.
  - Cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal o delegación o cualquier otra representación en España.
  - Cuando el empresario y el trabajador tengan nacionalidad española independientemente del lugar de la prestación de servicios o celebración del contrato.
- En materia de control de legalidad de los convenios colectivos celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

- En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

También serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de los litigios producidos con ocasión del desplazamiento temporal de trabajadores españoles, por empresas establecidas en España, a países de la UE, sin perjuicio de que puedan entablar una acción judicial ante los Tribunales del Estado en el que esté o haya sido desplazado el trabajador (Disp. Adic. 1.ª6 LDT).

A nivel comunitario, el Reglamento CE/44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, establece como criterio general único y excluyente, el del domicilio del demandado sito en territorio de la CE. No obstante, en materia de contratos de trabajo se excepciona el criterio general del domicilio del demandado en favor del trabajador, facultándole a éste demandar a la empresa en el Estado miembro en donde esté domiciliada, o demandar a la empresa en el Estado miembro en donde se presten los servicios o en donde se hubieren prestado en último lugar.

BIBLIOGRAFÍA

I. Derecho procesal del trabajo

Alonso Olea, M., y Miñambres, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Pamplona, 1991.

Baylos Grau, A.; Cruz Villalón J., y Fernanda Fernández, M.: *Instituciones de Derecho Procesal laboral*, Madrid, 1991.

Cruz Villalón, J.: «Constitución y proceso de trabajo», *REDT*, n.º 38/1989.

Moliner Tamborero, G.; Pedrajas Moreno, A. y Salas Franco, T.: *Manual de jurisprudencia laboral*, Valencia, 2012.

Montero Aroca, J.: «El proceso laboral. Conceptos generales», *RPS*, n.º 113/1977.

Montoya Melgar, A.: «Los procesos laborales y el sistema de Derecho del Trabajo», *REDT*, n.º 25/1986.

Ugalde González, J. I.: «Instituciones de derecho procesal laboral», *RL*, tomo 1, 1991.

VVAA: *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, 2012.

— *La nueva Ley de la Jurisdicción Social: texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012*, de 10 de febrero, Albacete, 2012.

— *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, 2012.

II. Jurisdicción del orden social

Alemán Cano, J.: «Bases históricas para la reforma del proceso laboral», *Estudios de Deusto*, tomo I, 2009.

Alonso Olea, M., y Alonso García, R. M.: *Jurisdicción Social: excepciones*, Pamplona, 2008.

Conde Martín de Hijas, V.: «Comentario urgente sobre la Ley de Demarcación y Planta Judicial en relación con los órganos del orden social de la jurisdicción», (I), *AL*, tomo I, 1989.

Hernández Velasco, E. M.: «Futura Ley de la Jurisdicción Social: una huida del espigueo de jurisdicciones», *AJA*, n.º 822/2011.

Martín Contreras, L.: «Las reformas procesales para la implantación del nuevo modelo de oficina judicial (la supletoriedad en los actos de comunicación en la jurisdicción laboral)», *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 4/2010.

Martínez Emperador, R.: «Los nuevos órganos jurisdiccionales del orden social», *AL*, n.º 15/1989.

Martínez Moya, J.: «El Nuevo Proceso Laboral tras la Ley 13/2009 en 197 preguntas (1.ª parte)», *AS*, n.º 16/2011.

Molina Navarrete, C.: «Soluciones burocráticas a los problemas de la justicia social: puntos críticos de la nueva oficina judicial», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 323/2010.

Sánchez Álvarez, E.: «El orden jurisdiccional social ante la nueva oficina judicial: análisis crítico», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 321/2009.

III. Ámbito material de los órganos jurisdiccionales del orden social

Aguilar Fernández, C., y Yzquierdo Tolsada, M.: «¿Principio del fin de la pugna jurisdiccional para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo?», en *2010. Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, mayo, 2010.

Aguilera Izquierdo, R.: «Responsabilidad civil de la empresa fabricante por accidente de trabajo derivado de defecto en la máquina causante», *AS*, n.º 4/2010.

Baz Tejedor, J. A.: «El arbitraje electoral: determinación del procedimiento de impugnación de los actos electorales lesivos de derechos fundamentales», *AL*, tomo 1, 1999.

Busto Lago, J. M.: «Responsabilidad civil del empresario en el caso de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y su seguro», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 43/2006.

Desdentado Bonete, A.: «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», *RL*, n.º 14/2008.

García Piñeiro, N.: «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la resolución administrativa que deniega el depósito de los estatutos de una Asociación Profesional. Taula D'autonoms de Catalunya», *AS*, n.º 3/2006.

Gil Suárez, L.: «Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente», *AL*, n.º 10/2008.

Gómez Caballero, P.: «Competencia jurisdiccional y tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos (a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 22 de octubre de 1992 y Sala 3.ª, de 8 de febrero de 1994)», *RL*, tomo 1, 1995.

González Ortega, S.: «La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social y otras afines», *RL*, tomo 2, 1990.

Gutiérrez Solar-Calvo, B.: «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo: ¿es la limitación de la responsabilidad extracontractual un criterio adecuado para determinar el orden jurisdiccional competente? (Comentario a la STS 1.ª de 15 de enero de 2008)», *RL*, n.º 10/2008.

Gutiérrez Solar-Calvo, B.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, J.: «Actuaciones de las Administraciones Públicas en materia laboral», en *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, 2008.

Hernández Martín, A.: «Nuevas dudas jurisdiccionales sobre el personal estatutario de los servicios de salud tras la aprobación del Estatuto Marco por Ley 55/2003, de 16 de diciembre», *AS*, n.º 9/2004.

Lasaosa Irigoyen, E.: «Reclamación indemnizatoria a servicio de prevención ajeno y orden jurisdiccional competente», *AS*, n.º 16/2004.

López Terrada, E.: «La exclusión de la relación funcionarial interina del orden jurisdiccional social», *AL*, tomo 2, 1997.

Martínez Barroso, M. R.: «La competencia jurisdiccional en materia de Seguridad Social», *AS*, n.º 16/2002.

Méndez Deza, J., y Sendín Blázquez, A.: «Impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social y jurisdicción competente», *RL*, tomo 1, 1988.

Miranda Boto, J. M.: «Extensión de la garantía del FOGASA: Validez de las indemnizaciones reconocidas por la jurisdicción social en el marco de un concurso», *AS*, n.º 2/2010.

Molins García-Atance, J.: «Las novedades competenciales de la ley reguladora de la jurisdicción social», *AS*, n.º 10/2012.

Monereo Pérez, J. L.: «El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria», *RL*, tomo 2, 1991.

Ollo Luri, M. P.: «Competencia de la jurisdicción social en un ERE con cesión ilegal», *RAD*, n.º 3/2011.

Ordeig Fos, J. M.: «Mutualidades de Previsión social y planes y fondos de pensiones: órdenes jurisdiccionales competentes (I)», *AL*, tomo 3, 1993.

Pérez Piñeiro, M.: «El interés público frente a los salarios de los funcionarios», *RAD*, n.º 7/2011.

Rivas Vallejo, M. P.: «La subcontratación de obras y servicios con trabajadores autónomos económicamente dependientes», *AL*, n.º 4/2009.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador», *RL*, n.º 10/2008.

Ruiz de la Cuesta Cascajares, R.: «La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo. Compatibilidad en las reclamaciones en el orden social y en el civil y penal», *Actualidad Civil*, n.º 20/1993.

Sánchez Pego, F. J.: «Delimitación de los ámbitos jurisdiccionales contencioso administrativo y social», *AL*, tomo 3, 1993.

Sanfulgencio Gutiérrez, J. A.: «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes en el sector del transporte», en *2010. Anuario laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, mayo 2010.

Tolosa Tribiño, C.: «Una nueva perspectiva en las relaciones entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa», *AL*, tomo 3, 1998.

IV. Reglas de competencia de la jurisdicción del orden social

Baquero Cruz, J.: «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *REDE*, n.º 13/2005.

Baz Rodríguez, J.: «El sistema europeo de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria: reflexiones en torno a la Ley 10/1997, de 24 de abril», *RL*, n.º 3/1998.

Carrillo Pozo, L. F.: «El Derecho extranjero en el proceso de trabajo», *RMTAS*, n.º 62/2006.

Casas Baamonte, M. E.: «Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos», *RL*, n.º 18/1997.

Conde Martín de Hijas, V.: «La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa: concurrencia y conflictos», *RL*, tomo 1, 1989.

Esteban de la Rosa, G., y Molina Navarrete, C.: «Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos», *Diario La Ley*, tomo 2, 2001.

Fernández-Mejías Campos, M. T.: «Novedades en el ámbito procesal de la Seguridad Social: La atribución al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo de la impugnación de los actos de inscripción, afiliación, altas y bajas por la Ley n.º 52/2003 de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de seguridad social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 14/2004.

Molins García-Atance, J.: «Las novedades competenciales de la ley reguladora de la jurisdicción social», *AS*, n.º 10/12.

Morcillo Moreno, J.: «Regulación postconstitucional de las cuestiones prejudiciales en el ordenamiento procesal español: de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con especial referencia a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo*, 2007.

Ríos Salmerón, B.: «Los conflictos de competencia y el Orden Social de la Jurisdicción: reflexiones críticas», *AL*, tomo 3, 1995.

Sánchez Carrión, J. L.: «Reglas determinantes de la competencia judicial en materia laboral en el Derecho Comunitario», *RATBS*, n.º 65/2002.

Sempere Navarro, A. V.: «El caso de la UD Levante», *AJA*, n.º 804/2010.

Sierra Hernaiz, E.: «Tutela judicial efectiva, libertad sindical y competencia funcional: determinación del ámbito del proceso y límites para el ejercicio de las acciones», *AS*, n.º 15/2010.

Ugalde González, J. I.: «Competencia», en *El recurso de casación laboral*, 2009.

CAPÍTULO 24:
PROCESO LABORAL: CARACTERIZACIÓN

En este capítulo se inicia el estudio del proceso laboral, el cual se puede considerar como el conjunto sistemático de actos previstos en la ley que tienen como finalidad la solución de conflictos jurídicos de la rama social del derecho por parte de los jueces y tribunales de este orden. Estas normas procesales están íntimamente relacionadas con las normas materiales del Derecho del Trabajo, por lo que participan de los principios que lo inspiran, como compensadores de desigualdades sociales. Todos estos principios, tanto los específicos del proceso laboral como los principios comunes a todo tipo de proceso serán objeto de un particular estudio en este capítulo.

El proceso laboral surge en un momento histórico determinado cuando las normas procesales comunes devienen totalmente insuficientes para resolver los conflictos derivados del nuevo sistema productivo. En este primer capítulo del estudio del proceso laboral se pretende hacer una caracterización genérica del mismo que sea común, tanto al proceso laboral ordinario como el resto de modalidades procesales. Para ello, se parte de la noción de pretensión como concepto fundamental del Derecho procesal, distinguiendo sus caracteres esenciales y sus distintos elementos, los subjetivos, los materiales y los circunstanciales. También se analizarán los distintos tipos de procesos laborales, en función del carácter de la pretensión y en función de la naturaleza del derecho o interés tutelado.

En todo proceso y el laboral no es la excepción, hay una parte que plantea una pretensión frente a otra en sede judicial, por lo que el estudio de las partes del proceso deviene esencial. Será preciso que la parte que entable una pretensión o la parte que se oponga a la misma tengan capacidad procesal, es decir, que estén en pleno disfrute de sus derechos civiles. No obstante, el tener capacidad procesal no es suficiente para comparecer en juicio, es necesario que exista un plus añadido en forma de titularidad del derecho o de interés legítimo. Esta titularidad del derecho o interés legítimo es lo que confiere legitimación a las partes. Aunque el proceso laboral es un proceso gratuito en el que las partes pueden comparecer por sí mismas, en nuestro estudio se abordará la representación y defensa en juicio, como facultad que se les confiere legalmente a las partes para que puedan ir asistidas por abogado, procurador, graduado social o persona que les represente, fijándose los requisitos en uno y otros casos.

En este capítulo se abordará, también, el régimen jurídico de los actos procesales, especialmente la incidencia que en los mismos tiene el cumplimiento de los plazos y términos en la presentación de los escritos, el lugar donde tienen que presentarse y las distintas formas que pueden adoptar las resoluciones de jueces y secretarios judiciales, adaptadas a la nueva LJS.

Por último, se abordará toda una serie de actos previos a la vía procesal que tienen como finalidad el evitar que se inicie el proceso. Entre los actos previos al proceso laboral que tienen como finalidad el evitar el inicio del proceso se estudiará la conciliación o mediación previas y los laudos arbitrales, como trámite administrativo previo a la interposición de la demanda frente a particulares, y la reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social, como trámite previo a la demanda frente a las Administraciones o a los organismos públicos. No obstante, a pesar de la obligatoriedad de la conciliación o mediación previa y de la reclamación administrativa previa, existen numerosos procesos laborales que se exceptúan de esa regla general a los que se prestará la conveniente atención.

I. CLASES DE PROCESO LABORAL

El proceso laboral se puede definir como aquella institución jurídica creada por el ordenamiento para la solución judicial de los conflictos planteados en la rama social del Derecho. La idea básica sobre la que se construye este concepto es la de resolución jurídica mediante determinados órganos legalmente establecidos por el Estado (los órganos judiciales del orden social), de un conflicto que contrapone en la rama social del Derecho a distintos sujetos. Este proceso laboral tiene una especialización frente al proceso civil del que se desgaja a finales del siglo xix con el objetivo de adaptar los mecanismos jurisdiccionales a los principios de la normativa laboral, apartándose así, aunque no de forma íntegra, de los principios propios del individualismo liberal. El proceso laboral y el Derecho del Trabajo son pues realidades inescindibles, de manera que aquél es uno de los instrumentos para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste (STC 3/83). Una manifestación de esa peculiaridad del proceso laboral es que se rige por una norma específica, la LJS, y sólo en lo no previsto en la misma se aplica supletoriamente la LEC (Disp. Final 4.ª LJS).

Finalidad complementaria del proceso laboral a partir de la vigencia de la CE es lograr la efectividad del derecho fundamental y complejo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la esfera de las relaciones laborales y de la protección social

El proceso laboral se puede clasificar según dos criterios: en función de las pretensiones que se quieran hacer valer a través del mismo o en función de la naturaleza del derecho o interés tutelado.

1. Por el carácter de la pretensión: declarativo, ejecutivo y cautelar

Se entiende por pretensión la reclamación que una de las partes (demandante) dirige frente a otra (demandado) ante un tercero (juez o tribunal) para que decida en Derecho.

De una manera descriptiva se puede señalar que la pretensión dirigida a los Tribunales puede ser de condena a una determinada prestación, de declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, de constitución, modificación o extinción de estas últimas, de ejecución, de adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley (art. 5.1 LEC).

Con finalidad estructuradora de la enumeración legal, un sector doctrinal distingue entre pretensiones cognitivas, pretensiones de ejecución y pretensiones cautelares e incluye dentro de las primeras a las declarativas, a las de condena y a las constitutivas. Bajo formulación similar y alguna variante semántica, otros autores consideran que en realidad el proceso laboral es una institución que comprende tres clases de procesos distintos en coherencia con la pretensión que se ejercite: declarativo, en el que se juzga (art. 117.3 C E) y que admite, a su vez, la subdivisión; ejecutivo, en el que se hace cumplir lo juzgado (art. 117.3 CE); y cautelar, en la que se adoptan medidas de garantía para la efectividad de lo que luego se juzgará (art. 5.1 LEC).

A) Proceso declarativo

El proceso declarativo es aquel proceso que tiene como finalidad lograr una sentencia que decida sobre la acción ejercitada en la demanda. Según el tipo de acción que se ejercite, el proceso será declarativo propiamente dicho (o declarativo puro), de condena o constitutivo, estructura que corre paralela con la clase de pretensión interpuesta.

El proceso es declarativo, propiamente dicho, cuando su pretensión consiste en la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una situación jurídica determinada. La principal característica de este proceso es que no cabe la ejecución de la sentencia (art. 521.1 LEC).

El proceso declarativo será de condena cuando su pretensión consista en que se imponga al demandado una obligación de hacer o no hacer o de dar una cantidad de dinero. En caso de incumplimiento de la sentencia condenatoria se podrá instar la ejecución de la misma (arts. 237 ss. LJS).

Por último, el proceso declarativo será constitutivo cuando la pretensión tenga como finalidad la constitución, modificación o extinción de una situación jurídica. Las sentencias de estos procesos no son susceptibles de ejecución (art. 521.1 LEC), aunque existe el deber de acatarlas y atenerse a las situaciones jurídicas que surjan de ellas.

B) Proceso ejecutivo

El proceso ejecutivo es aquél mediante el cual los jueces y tribunales cumplen la función constitucionalmente encomendada de hacer ejecutar lo juzgado a través de una serie de actividades que producen una modificación en el estado de cosas existentes para acomodarlo a lo establecido en el título ejecutivo, que es el que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional.

El proceso ejecutivo es una consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que obliga a los jueces a comprobar si sus decisiones se han cumplido correctamente (STC 120/1991). En suma, la pretensión de este proceso consistirá en que se ajuste la situación jurídica a la situación material, para lo cual deberá realizarse forzosamente lo acordado en el título ejecutivo.

C) Proceso cautelar

El proceso cautelar tiene por finalidad garantizar que la sentencia que se dicte pueda incidir sobre los mismos hechos existentes al inicio del proceso y que no devenga ineficaz por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda.

Este proceso cautelar depende del proceso principal cuyo resultado pretende garantizar y puede iniciarse en cualquier momento antes de dictar sentencia, bien de oficio, bien a instancias del demandante o en su caso el FGS, cuando el demandado realice actos de los que pueda presumirse que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia.

La medida cautelar por excelencia consiste en el embargo preventivo de los bienes del demandado en cantidad suficiente para cubrir el importe del principal reclamado en la demanda más las costas que se calculen provisionalmente, pero el juez puede adoptar otra serie de medidas no evaluables económicamente, que se estimen necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia. Estas medidas vienen establecidas en dos tipos de modalidades procesales: en materia de impugnación de laudos está prevista la posibilidad de que el juez suspenda el procedimiento electoral a petición de parte si concurre causa que lo justifique [art. 132.*c*) LJS], y en materia de tutela de los derechos de libertad sindical que se prevé que en el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación (art. 180.1 y 2 LJS).

2. Por la naturaleza del derecho o interés tutelado: proceso ordinario y modalidades procesales

Atendiendo al derecho o interés tutelado los procesos laborales pueden ser ordinarios (arts. 80 a 101 LJS) o especiales, actualmente denominados modalidades procesales (arts. 102 a 184 LJS) que son variantes del proceso ordinario y cuya especialidad se justifica en base a la pretensión del mismo.

A) Proceso ordinario

El proceso ordinario es aquél mediante el cual se regulan y resuelven todos los litigios a los que la ley no atribuye una tramitación específica. Este proceso es el paradigma de todos los procesos laborales y tiene una aplicación supletoria a las distintas modalidades procesales (art. 102 LJS).

El proceso ordinario se estructura en tres fases: la de iniciación, con la interposición de la demanda; la de instrucción, con las alegaciones y la prueba y la de decisión, con la sentencia, salvo que el proceso concluya sin ella (Capítulo 25, IV, 3).

A través del proceso ordinario se instrumentan básicamente el ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo [art. 2.*a*) LJS].

B) Modalidades procesales

Con esta denominación (Título II, Libro II LJS) se designan a una serie de procesos especiales, cuya especialidad con respecto al ordinario radica en la naturaleza de la pretensión deducida y que puede afectar al ámbito del conflicto, a los sujetos legitimados o a la tramitación que deba seguirse.

Las distintas modalidades procesales reguladas en la LJS se pueden clasificar, de una manera didáctica, de la siguiente forma:

- Modalidades procesales de carácter individual:
  - Proceso por vacaciones.
  - Procesos en materia de clasificación profesional.
  - Proceso de impugnación de sanciones.
  - Procesos en materia de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
  - Procesos en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
  - Proceso de despido disciplinario.
  - Proceso de extinción del contrato por causas objetivas.
  - Reclamación al Estado de salarios de tramitación.
- Modalidades procesales de carácter colectivo:
  - Proceso de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
  - Procesos en materia electoral.
  - Procesos de conflicto colectivo.
  - Procesos de impugnación de convenios colectivos.
  - Procesos de impugnación de estatutos sindicales o de su modificación e impugnación de la resolución denegatoria de su registro.

- Modalidades procesales de carácter mixto:
  - Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
  - Procesos de oficio.
  - Procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social.
  - Procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los prestacionales.

Este último proceso ha sido introducido por la LJS (arts. 151 y 152) como consecuencia de la asunción por parte de la jurisdicción social del conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan respecto de los actos administrativos en materia laboral, sindical, riesgos laborales y de seguridad social, excluidas las prestaciones [art. 2.*e*), *f*), *n*) y *s*) LJS].

II. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCESO LABORAL

El proceso laboral, como ya se ha dicho, se desgajó del proceso civil con la finalidad de adaptar los mecanismos jurisdiccionales a los principios de la normativa laboral, apartándose así de los principios propios del individualismo liberal. Sin embargo, el proceso laboral, aparte de tener unos principios propios (art. 74.1 LJS), se ha seguido inspirando en los tradicionales principios del Derecho procesal común. A continuación se van a exponer estos dos tipos de principios.

1. Principios compartidos con el derecho procesal común

El derecho común procesal y el proceso laboral comparten toda una serie de principios derivados de la CE, entre estos principios destacan:

- El principio de legalidad procesal (arts. 117 CE y 1 LEC). Este principio significa que el proceso ha de estar sujeto a la ley.
- El principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 CE). Según este principio las partes del proceso tendrán las mismas posibilidades de alegación y prueba y serán tratadas por igual en todas las actuaciones procesales, con idénticas garantías sobre la imparcialidad judicial (Capítulo 1, I, 3). No obstante, en el proceso laboral este principio se modula atendiendo a la finalidad compensadora e igualadora de la desigual posición económica y jurídica existente entre el trabajador y el empresario; finalidad a la que responden «no sólo las normas sustantivas sino también las procesales» (SSTC 3/1983 y 14/1983). En el orden social de la jurisdicción «La igualdad procesal no puede así concebirse como absoluta, debiendo incorporar la ordenación del proceso ciertas disparidades…» (Exposición de Motivos II, LBPL). En este sentido, la LJS refleja en distintos pasajes el necesario tratamiento igualatorio del trabajador en el proceso laboral (competencia territorial, exención del deber de consignar en los recursos de suplicación o casación, ejecución de sentencias…).
- El principio de audiencia (art. 24 CE). Este principio comporta el derecho a ser oído en juicio con todas las garantías y con proscripción de la indefensión.
- El principio de defensa (art. 24 CE). Implica que ha de darse a las partes la posibilidad de defensa jurídica, utilizando los medios de prueba pertinentes (STC 212/2013). Este principio se viola, entre otras manifestaciones, cuando una resolución judicial incumple la prohibición de incongruencia, alterándose o modificándose los términos del debate judicial (STC 169/2013).

Además de estos principios derivados de la CE, el proceso laboral comparte con el proceso civil una serie de principios, en virtud del carácter supletorio de la LEC (Disp. Final 4.ª LJS). Estos principios son:

- El principio de buena fe procesal (art. 247 LEC) que proscribe el abuso y el fraude en el proceso.
- El principio dispositivo (arts. 19 a 22 y 216 LEC). Supone que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a instancia de parte, promoviendo el proceso, formulando la acción y la defensa y aportando al juez la alegación de los hechos y la proposición de las pruebas que estimen precisa para fundamentar su derecho.
- El principio de publicidad del juicio (art. 138.1 LEC). Presenta una doble manifestación, frente a la sociedad y frente a terceros. Frente a la sociedad significa que el juicio ha de celebrarse en audiencia pública, salvo que el órgano judicial considere necesario que se celebre a puerta cerrada en determinados supuestos, por ejemplo cuando así lo exija la protección de otros derechos o libertades (arts. 120.1 CE y 138 LEC). Frente a terceros supone la posibilidad de que los sujetos interesados (no, por tanto, cualquier persona), puedan acceder a la consulta de determinados documentos judiciales (art. 47 LJS), como sucede con los autos del juicio, que pueden ser examinados por quienes acrediten un interés legítimo (por ejemplo, trabajador de la misma empresa y categoría profesional que otro al que se le ha reconocido judicialmente el ascenso reclamado), o con el libro de sentencias, al que puede tener acceso cualquier interesado (por ejemplo, sindicato con representación en la empresa respecto de sentencia estimatoria de demanda individual declarando inaplicable la cláusula del convenio suscrito por dicho sindicato).
- El principio de contradicción. Implica que las partes han de tener la posibilidad de exponer ante el órgano judicial sus opuestas pretensiones, alegando y probando en defensa de sus derechos e intereses (STC 226/1988).

2. Principios específicos del proceso laboral

Estos principios se encuentran recogidos en el artículo 74.1 LJS y tienen como finalidad la de servir de orientación a jueces, tribunales y secretarios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas procesales (art. 74.2 LJS). Son los siguientes:

- Principio de inmediación. En su virtud los actos procesales básicos (en especial los que integran el juicio) se llevan a cabo en presencia del órgano judicial. La aplicación de este principio determina que sólo el juez o tribunal que haya presenciado los actos procesales pueda dictar sentencia (art. 98.1 LJS).
- Principio de oralidad. Se traduce en el predominio de la palabra sobre la escritura, de modo que la actividad procesal básica se desarrolla en el acto de conciliación judicial y en el juicio, realizándose de viva voz. Por medio de este principio se persigue simplificar el proceso, agilizar las actuaciones y facilitar el conocimiento directo por el juez de aquella actividad. Solamente se apartan del principio la interposición de la demanda (art. 80.1 LJSPL) y los recursos, una y otros regidos por la escritura.
- Principio de concentración. Se manifiesta en dos aspectos del proceso. De un lado, en el procedimiento, lo que supone realización en una sola audiencia de la mayoría de las actuaciones procesales. De otro, en el contenido del proceso, determinando que los actos procesales se sucedan sin plazos interruptivos que los separen en el tiempo. Así, todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales se discutirán en el proceso y se resolverán en la resolución que ponga fin al mismo, sin dar lugar a procesos independientes (art. 4.2 LJS). La única excepción la constituyen las cuestiones prejudiciales basadas en falsedad documental cuando sean indispensables para resolver el asunto principal (arts. 4.3 y 86.1 y 2 LJS).

- Principio de celeridad. Es una consecuencia de los tres principios anteriores y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.1 CE). Su sentido reside en lograr que el proceso del trabajo se rija por la mayor agilidad de plazos y sencillez en la tramitación. Así, en el proceso laboral, frente al proceso civil, rigen plazos perentorios e improrrogables; en determinadas resoluciones no cabe la posibilidad de recursos; la prueba se practica en el acto del juicio; las excepciones se formulan al contestar a la demanda; se suprimen las cuestiones incidentales del proceso civil, que el juez resuelve en la propia sentencia.

Además de estos principios específicos del proceso laboral, existen otros, también de carácter específico, que sin mención expresa en el artículo 74.1 LJS, están íntimamente relacionados con aquéllos:

- Principio del impulso judicial o inquisitivo: Significa que, si bien el principio dispositivo también rige el proceso laboral, el juzgador cuenta no obstante con amplias facultades de dirección formal y material de este proceso, con la finalidad básica de esclarecer la verdad material respecto del conflicto planteado.
- Principio de instancia única: Significa que en el proceso laboral no hay instancias múltiples como sucede en el proceso civil, por lo que los órganos judiciales de lo social que conocen de los recursos de suplicación y casación no revisan las alegaciones y pruebas del juzgado de instancia, limitándose tan sólo a examinar el ajuste a Derecho del proceso.
- Principio de gratuidad: Con este principio se quiere señalar que los trabajadores y los beneficiarios de la Seguridad Social tienen, en todo caso y sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, derecho a la asistencia jurídica gratuita, que comprenderá el derecho a asesoramiento y defensa en juicio, así como la exención de depósitos y consignaciones para interponer recursos (art. 2.d LAJG). De igual modo, y sin necesidad de acreditar dicha insuficiencia de recursos, gozan de este derecho las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso (art. 2, b LAJG), así como los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social (art. 20.4 LJS).

La ley parte implícitamente de una auténtica presunción *iuris et de iure* de insuficiencia económica para hacer frente a los gastos del proceso (STC 114/1983). No obstante, la LTAJ estableció que para la interposición de los recursos de suplicación y casación fuera obligatoria el pago de unas tasas de 500 y 750 euros, respectivamente [arts. 2.*f*) y 7.1 LTAJ], más una cantidad adicional del 0,10 por 100 de la cuantía del recurso con el límite de la cantidad variable de 2.000 euros cuando el recurrente fuera una persona física (art. 7.3 RDL-TAJ), con lo que la gratuidad del proceso laboral fue puesta en tela de juicio y muy criticada desde todos los ámbitos: judiciales, profesionales y sindicales, a pesar de que se hubiera previsto una exención para los trabajadores del 60 por 100 de la cuantía de la tasa (art. 4.3 LTAJ). Esta regulación, sin embargo, ha sido modificada por el artículo 11 del RDL-MORSO que ha dado una nueva redacción al artículo 4 LTAJ y ha determinado la exención de las tasas para las personas físicas, confirmando el criterio sustentado por el Acuerdo de la Sala IV del TS de 5-6-2013, sobre la base principal de lo dispuesto al efecto en el RDL 3/2013, de 22 de febrero, de que para la tramitación de los recursos de suplicación y casación no son exigibles tasas al trabajador, ni al beneficiario de la Seguridad Social, ni al funcionario o personal estatutario, que interpongan recursos de suplicación o de casación en el Orden Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad a la vigencia del RDL 3/2013 (el 24-2-2013). Tampoco son exigibles las tasas a los sindicatos para la interposición de recursos de suplicación ni de casación, ya unificadora, ya ordinaria, ante la Jurisdicción Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad a la vigencia de esta norma.Por otra parte, debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el derecho al beneficio de la justicia gratuita comprende tanto al trabajador que tenga real y actualmente tal condición, como al que la postule o la haya perdido (STS 4-12-2013).

III. PARTES DEL PROCESO LABORAL

Se consideran partes del proceso laboral los distintos sujetos que en calidad de demandante y demandado intervienen en el mismo al objeto de someter sus divergencias a la decisión del juez. Existe, pues, una dualidad de partes: una que formula una pretensión ante el órgano judicial (demandante) y otra, que se resiste ante dicha pretensión (demandado).

Las partes en el proceso laboral, al igual que en proceso civil, pueden ser personas físicas o jurídicas, privadas o públicas. También pueden actuar como parte, aun sin tener la condición de demandante o demandado, las organizaciones sindicales (art. 14 LOLS) y empresariales más representativas, el Ministerio Fiscal y el FGS (art. 33.9 ET).

Las partes en el proceso laboral (actor o demandante y parte pasiva o demandado) pueden actuar de manera individual, pero también es frecuente que haya una pluralidad de sujetos en una o ambas partes, es lo que se conoce como litisconsorcio. El litisconsorcio puede ser:

- Activo, si existe pluralidad de sujetos en la parte demandante.
- Pasivo, si la pluralidad de sujetos afecta a la parte demandada.
- Voluntario, si depende de la voluntad de los intervinientes, como ocurre con el FGS que puede comparecer en ciertos procesos (art. 23.1 LJS); la TGSS y las Entidades Gestoras en procesos de Seguridad Social (art. 140 LJS) y los sindicatos y asociaciones representativas u órganos de representación unitaria o sindical en ciertos conflictos colectivos (art. 153 LJS).
- Necesario, si viene exigido por la ley o por las propias características de la acción ejercitada, como ocurre en los procesos de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando la decisión empresarial hubiese sido acordada (art. 138.2 LJS); en los de impugnación de convenios (arts. 163.2 y 164.4 LJS); en los de impugnación de laudos arbitrales en materia electoral (art. 129.1 LJS) y en determinados supuestos de intervención del FGS.
- Podrá constituirse antes del inicio del proceso o mientras se encuentre pendiente un proceso (art. 13 LEC).

Respecto a las partes en el proceso rigen de una manera muy específica una serie de principios, de los enumerados en el epígrafe anterior, como son el principio de igualdad y el principio de contradicción.

Existen determinados supuestos en los que la ley permite que determinados sujetos que no son titulares de la relación jurídica discutida en el pleito, comparezcan en juicio en apoyo de las posiciones de una de las partes, aunque no puedan alterar el objeto del proceso ni utilizar medios de defensa que les beneficie exclusivamente a ellos. Es lo que se denomina procesalmente la coadyuvancia. La LJS establece algunos supuestos de coadyuvancia al permitir que en procesos de tutela de libertad sindical en los que la tutela corresponde al trabajador, el sindicato al que pertenece el trabajador u otro más representativo pueda comparecer en el juicio (art. 177.2 LJS). Igualmente en los procesos sobre impugnación de la resolución denegatoria de la inscripción de una modificación de los estatutos sindicales, en que se permite a los afiliados al sindicato comparecer como coadyuvantes (art. 172.2 LJS).

La determinación de los sujetos que pueden actuar bajo la condición de partes en el proceso laboral exige estudiar la identidad de las partes en el proceso (capacidad), la correspondencia entre la titularidad de derechos e intereses legítimos y la posición procesal de las partes (legitimación), y la forma en que las partes pueden personarse o comparecer en el proceso (representación y defensa procesales).

1. Capacidad y legitimación

A) Capacidad

La distinción existente en el Derecho común entre capacidad jurídica y capacidad de obrar también tiene su proyección en el proceso laboral, distinguiéndose entre capacidad jurídica procesal y capacidad de obrar procesal. La primera, conocida como capacidad procesal, está referida a la posibilidad de ser titular de derechos y deberes procesales y la ostenta toda persona natural o jurídica. La segunda, se refiere a la posibilidad de realizar actos procesales válidos, teniendo esta capacidad de obrar las personas físicas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles o sus representantes legales, así como los representantes de las personas jurídicas y de las masas patrimoniales que son patrimonios que carecen transitoriamente de titular o cuyo titular ha sido privado de sus facultades de disposición y administración (art. 6.1.4 LEC) y de los entes sin personalidad, como las Uniones Temporales de Empresa, grupos de empresa o comunidades de bienes.

a) Capacidad procesal

La capacidad procesal es la aptitud para ser sujeto de una relación procesal. Ostentan dicha aptitud en la defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 16.1 LJS).

Respecto al trabajador, en cuanto sujeto de la relación procesal, se puede afirmar que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles los que hayan cumplido dieciocho años de edad (arts. 12 CE; 315 CC y 7 ET) y no tengan una incapacitación que les impida gobernarse a sí mismos (art. 200 CC). También, gozarán de plena capacidad procesal los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años respecto de los derechos e interés legítimos derivados de sus contratos de trabajo, de la relación de Seguridad Social, de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten, cuando legalmente no precisen autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo para celebrar contratos de trabajo o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo [arts. 16.2 y 3 LJS y 7.*b*) ET]; los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis emancipados por matrimonio [arts. 7.*a*) ET y 314.2 CC]; los emancipados por concesión de los que ejerzan la patria potestad (art. 314.3 CC) y por último los emancipados por concesión judicial (art. 314.4 CC). Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años (art. 16.2, último inciso, LJS). Los órganos de representación de los trabajadores, aunque carecen de personalidad jurídica, pueden comparecer en juicio en las materias objeto de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros (arts. 65.1 y 62.2 ET).

Respecto a la persona física que actúa como empresario, es preciso que tenga dieciocho años cumplidos (art. 315 CC) para tener capacidad procesal, también gozarán de capacidad procesal los menores de dieciocho años emancipados, ya lo sea por matrimonio, por concesión de quien ejerza la patria potestad o por concesión judicial (art. 314 CC).

Las personas jurídicas que actúen como empresarios comparecerán en juicio a través de las personas físicas que legalmente las represente (art. 15.5 LJS):

- Si se trata de entidades sin personalidad a las que la ley reconozca capacidad para ser parte, comparecerán a juicio a través de quienes legalmente las represente.
- Si se trata de comunidades de bienes y grupos actuarán procesalmente quienes aparezcan de hecho o de derecho como organizadores, directores o gestores de los mismos, o en su defecto como socios o partícipes de los mismos.

- Si se trata de masas patrimoniales o patrimonios separados carentes de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración la comparecencia a juicio se realizará por medio de quienes las administren conforme a la ley.
- Si se trata de entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado, la comparecencia a juicio se realizará por medio de quien de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros o ante los trabajadores.

Por último, se debe apuntar que la capacidad procesal es un requisito de orden público cuya ausencia provoca la nulidad de las actuaciones (STS 22-12-1998), pudiendo apreciarse de oficio en cualquier momento (art. 9 LEC) o a instancia de parte en el acto del juicio (art. 85.2 LJS), pero puede ser objeto de subsanación.

b) Capacidad de obrar

La capacidad de obrar es la capacidad de ser parte en un proceso laboral, por lo tanto, tienen capacidad de obrar los que estén en plenitud de sus derechos civiles. No obstante, quienes no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles podrán comparecer a juicio a través de sus representantes legítimos o a través de quienes deban suplir su incapacidad (art. 16.4 LJS).

En algunos casos la capacidad de obrar está limitada y por consiguiente es necesario suplir dicha limitación, así:

- Los trabajadores menores de dieciocho años necesitan la autorización de su representante legal, sea expresa o tácita. La autorización se presume cuando el menor viva de forma independiente con el consentimiento de sus padres o tutores.
- Los trabajadores incapacitados que no puedan actuar por sí mismo a tenor de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, actuarán a través de su representante legal (art. 267 CC).
- Los empresarios sometidos a la patria potestad o tutela deberán estar representados por sus padres o tutores (arts. 154.2, 162 y 267 CC).
- Los empresarios incapacitados actuarán en los términos que les permita la sentencia de incapacitación.

Cuando no exista persona que pueda representar o suplir la falta de capacidad de obrar, el juez o tribunal designará un defensor judicial que asumirá la representación y defensa, correspondiéndole esta función al Ministerio fiscal hasta tanto no se nombre al defensor (art. 8 LEC).

B) Legitimación

La legitimación es la aptitud para ser parte de un proceso concreto (STC 101/1996), bien como demandante —legitimación activa— o bien como demandado —legitimación pasiva—.

Están legitimados en el proceso laboral:

a) Titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo

En un proceso concreto, solamente están legitimados y pueden ejercitar las acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social quienes sean titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 17.1 LJS), aunque la titularidad del derecho o del interés se dilucide en el propio proceso.

b) Sindicatos de trabajadores y Asociaciones Empresariales

En el ámbito del proceso laboral se reconoce a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales legitimación, tanto activa como pasiva, para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 17.2 LJS) dando así cumplimiento en el orden procesal al mandato constitucional que encarga a sindicatos y asociaciones empresariales la defensa de los referidos intereses (art. 7 CE).

Los requisitos que se les exigirá a los sindicatos para tener legitimación procesal son (art. 17.2, párrafo 2.º, LJS):

- que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto;
- que estén en juego interés colectivos de los trabajadores, considerándose como intereses colectivos, en el proceso de ejecución, los tendentes a la conservación y a la defensa de los puestos de trabajo (art. 17.2, párrafo cuarto, LJS);
- y que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito (art. 17.2, párrafo segundo, LJS).

También están legitimados los sindicatos para actuar en el proceso de conflicto colectivo en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación o en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social (art. 17.2, párrafo tercero, LJS).

La LPL no decía nada respecto de la legitimación de los órganos de representación de los trabajadores, aunque el ET ya la reconocía expresamente, tanto para el Comité de empresa (art. 65 ET) como para los Delegados de personal (art. 62.2 ET), sin embargo, la LJS (art. 19.5) ha atribuido expresamente capacidad procesal a la representación unitaria o sindical en los casos en los que la demanda pueda afectar a todos o a la mayor parte de los trabajadores de la empresa, haciendo referencia a la misma en las modalidades procesales de carácter colectivo [arts. 154.*c*) y 165.1.*a*) LJS].

c) Partes afectadas desfavorablemente por una resolución

La LJS ha previsto, también, la capacidad y legitimación procesal para aquellos supuestos que se atribuyen *ex novo* a la jurisdicción social, como es el caso de las partes afectadas desfavorablemente por una resolución de la Administración Laboral, las cuales podrán interponer los recursos previstos legalmente, siempre que sus pretensiones se hayan visto desestimadas, les causen un gravamen o perjuicio y pretendan revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos de la parte contraria o la posible eficacia de cosa juzgada para procesos posteriores (art. 17.5 LJS).

d) Organizaciones de trabajadores autónomos

La existencia de acuerdos de interés profesional suscritos por las organizaciones de trabajadores autónomos ha determinado el reconocimiento de su legitimación para la defensa de dichos acuerdos (art. 17.3 LJS).

e) Legitimación extraordinaria fundamentada en intereses públicos o en defensa de la legalidad: Ministerio Fiscal, entidades gestoras de la Seguridad Social, TGSS y FGS

Además de los distintos supuestos de legitimación ya referidos, en distintas modalidades procesales se reconoce unos supuestos de legitimación extraordinaria fundamentados en la existencia de intereses públicos o sociales o en defensa de la legalidad. En la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos (art. 164.6 LJS) y tutela de libertad sindical (art. 177.3 LJS) se concede legitimación al Ministerio Fiscal. En aquellos procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social y en general en los procedimientos en los que tengan interés por razón de su competencia podrán personarse y ser tenidas por parte

las entidades gestoras y la TGSS (art. 141.1 LJS). Y, por último, el FGS podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento procesal en aquellos procesos de los que pudiera derivarse prestaciones de garantía salarial (art. 23.1 LJS), teniendo el secretario judicial una postura activa en dichos procesos, citándole como parte, dándole traslado de las demandas y notificándole las resoluciones de las que se deriven responsabilidades para el mismo, en coherencia con el nuevo protagonismo que en el sistema procesal tienen estos funcionarios.

f) Comunidades de bienes y grupos sin personalidad jurídica

La LJS, de acuerdo con lo previsto en los artículos 6 y 7 LEC, atribuye legitimación pasiva a las comunidades de bienes y grupos sin personalidad que actúan como empresarios, con el objetivo de garantizar la existencia de un sujeto susceptible de ser demandado por los trabajadores caso de ser necesario, colmando de esta manera el vacío legal existente en nuestra norma procesal.

2. Representación y defensa

A) Representación

En la LJS están previstos los siguientes supuestos de representación:

a) Representación facultativa

En el proceso laboral, por sus propias características y los principios que lo inspiran, no es preceptiva la representación mediante procurador, pudiendo las partes comparecer por sí mismas o facultativamente conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Esta representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante secretario judicial o por escritura pública (art. 18.1 LJS). Si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado técnicamente por graduado social colegiado o representado por procurador deberá hacerlo constar en la demanda y si la pretensión fuese del demandado deberá poner esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio (arts. 18.2 y 21.2 LJS).

b) Representación por los Sindicatos

Los Sindicatos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen para la defensa de sus derechos individuales (art. 20.1 LJS), de esta manera la LJS al incluir a funcionarios y personal estatutario se adapta a las nuevas competencias atribuidas al orden de la jurisdicción social. En la demanda, el sindicato habrá de acreditar la condición de afiliado del trabajador o empleado y la existencia de la comunicación al afiliado de su voluntad de iniciar el proceso. La autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado (art. 20.2 LJS). En el supuesto de que el afiliado exprese en la oficina judicial que no ha recibido la comunicación del Sindicato o que habiéndola recibido negara la autorización de actuación en su nombre, el juez o Tribunal, previa audiencia del Sindicato, acordará el archivo de las actuaciones (art. 20.3 LJS). Una novedad introducida por la LJS es la de la exención expresa que se hace a favor de los Sindicatos de efectuar depósitos y consignaciones en sus actuaciones ante el orden social, gozando, además, del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social (art. 20.4 LJS), evitando de esta manera el riesgo de que se pudiera cuestionar para los titulares de acciones colectivas en defensa de los intereses de los trabajadores, la exención de depósitos y consignaciones en los recursos de reposición y en otros distintos de los de suplicación

y casación. Con esta indicación legal expresa se favorece la intervención colectiva evitando así múltiples y costosos procesos individuales.

c) Representación necesaria

Además de la representación facultativa y la representación por los Sindicatos a que ya se ha hecho referencia, existen otros supuestos en que la intervención del representante es necesaria:

- En los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores, éstos deberán designar un representante común, con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio. Este representante deberá ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un Sindicato. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante secretario judicial, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje o el órgano que asuma estas funciones. Este documento de representación deberá aportarse con el escrito de demanda (art. 19.2 LJS).
- En los casos en que se acuerde la acumulación de procesos correspondientes a varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores, así como cuando la demanda o demandas se dirijan contra más de diez demandados, siempre que no haya contraposición de intereses entre ellos, el secretario judicial les requerirá para que designen un representante común, pudiendo recaer dicha representación en abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un Sindicato. El secretario judicial comunicará a los actores la resolución de acumulación y les citará dentro de los cuatro días siguientes para que procedan al nombramiento del representante, si no compareciese alguno de los citados en forma, se procederá a la designación de un representante común, entendiéndose que quien no comparezca acepta el nombramiento efectuado por el resto (art. 19.3 LJS).

La LJS de esta manera ha venido a llenar el vacío legal que existía en la LPL y que es muy frecuente en la práctica, de que la parte demandada esté integrada por más de diez sujetos, facilitando en estos casos la designación de representante común, evitando las dilaciones innecesarias del proceso. Esta regulación de la LJS tiene como finalidad el evitar prácticas de desacumulación de demandas cuando las acciones ejercitadas sean legalmente acumulables.

B) Defensa

En el proceso laboral la defensa por medio de abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tiene carácter facultativo en la instancia. Sin embargo, en vía de recursos (suplicación y casación) y en las actuaciones procesales ante el TS será preceptiva la defensa mediante abogado, aunque en el de suplicación cabe la posibilidad de que los litigantes pueden estar representados técnicamente por graduado social colegiado (art. 21.1 LJS).

En el supuesto de que el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado por procurador o graduado social colegiado, deberá hacerlo constar en la demanda. Igualmente el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor (art. 21.2 LJS), garantizándose de esta manera el principio de igualdad de partes en el proceso. La consecuencia del incumplimiento de dichas comunicaciones implica la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado.

Cuando la defensa sea facultativa, el pago de los honorarios o derechos respectivos correrá a cargo de la parte que hubiera utilizado los servicios del profesional, con las excepciones fijadas en el artículo 2.*d*)

LAJG (art. 21.1 LJS). En el supuesto de que los trabajadores, beneficiarios de la Seguridad Social, los funcionarios y el personal estatutario soliciten abogado por el turno de oficio, que por disposición legal ostentan el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirá la prescripción de acciones (art. 21.4 y 5 LJS).

Por último, apuntar que la representación y defensa del Estado y demás entes del sector público se regirá, según proceda, por lo dispuesto en la LOPJ, Ley de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas y las demás normas que le sean de aplicación (art. 22.1 LJS). Por su parte, la representación y defensa de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social corresponderá a los letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que en determinados supuestos se pueda designar abogado al efecto (art. 22.2 LJS). En estos casos los actos de comunicación procesal con el abogado del Estado, letrado de las Cortes Generales así como con los letrados de la Administración de la Seguridad Social se practicarán en su sede oficial respectiva (art. 60.3 LJS), bajo sanción de nulidad (art. 61 LJS).

IV. RÉGIMEN DE LOS ACTOS EN EL PROCESO LABORAL

El principio de legalidad procesal (arts. 117 CE y 1 LEC) exige que el proceso, en cuanto conjunto de actos dirigidos a la satisfacción de las pretensiones de las partes, debe estar sujeto a la ley, tanto por lo que respecta a las reglas temporales, de lugar y de forma. La necesidad de esta regulación obedece tanto a la adecuada y eficaz ordenación de dichos actos, como a la seguridad jurídica ofrecida por la regulación legal a los sujetos que acceden a la jurisdicción social, quedando así sustraída esa disciplina al libre arbitrio de órgano judicial y de las partes.

El acto procesal es el acaecimiento derivado de la voluntad humana en cuya virtud se crea, modifica o extingue de modo directo alguna de las relaciones jurídicas que integran el proceso judicial y, en cuanto aquí interesa, el proceso laboral. Obsérvese que la incidencia en dicho proceso ha de ser directa o inmediata para que pueda identificarse el acto como procesal. Por ejemplo, el otorgamiento de un poder para litigar judicialmente ante el orden social no es un acto procesal hasta tanto el representante haga uso del mismo interponiendo una demanda.

Cada acto procesal laboral tiene unos requisitos propios, específicos del mismo. Aquí se examinará únicamente el régimen jurídico de los requisitos generales de los actos que inciden de modo directo en el proceso laboral, esto es, el conjunto de reglas de tiempo, lugar y forma, comunes a todos ellos. Su regulación se contiene en el Título IV del Libro I LJS, si bien es necesario acudir para integrarla a las reglas aplicables al proceso laboral en esta materia que aparecen contempladas en la LEC y en la LOPJ.

1. Tiempo de los actos procesales

Las actuaciones procesales deberán practicarse en días y horas hábiles (art. 43.1 LJS), con lo cual se deberá acudir a la LOPJ (arts. 179, 182 y 183) y a la LEC (art. 130.2 y 3) para su determinación:

- El período ordinario de actividad de los tribunales se extiende desde el 1.º de septiembre, o el siguiente día hábil, hasta el 31 de julio de cada año natural (art. 179 LOPJ).
- El mes de agosto será inhábil (arts. 183 LOPJ y 43.4 LJS, según redacción dada por el art. 21.1 LEMURMEL, que acoge la doctrina del Tribunal Supremo en la materia -STS 20-4-2004-). Sin embargo, en el propio artículo 43.4 LJS se establecen numerosas excepciones a dicha inhabilitación. Según su tenor, será hábil el mes de agosto para las modalidades procesales de despido; extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador; extinciones colectivas de trabajo; extinción del contrato por causas objetivas; movilidad geográfica; modificación sustancial de las condiciones de trabajo; suspensión del contrato y reducción de jornada por causas

económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor; derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; impugnación de altas médicas; vacaciones; materia electoral; conflictos colectivos; impugnación de convenios colectivos; tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en el proceso declarativo como en trámite de recurso o de ejecución. También se considerará hábil para la adopción de actos preparatorios, medidas precautorias y medidas cautelares, en particular en materia de prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para otras actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para las de aquellas que, de no adoptarse, puedan producir un perjuicio de difícil reparación y, por último, será asimismo hábil para el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la LOVG.

- Son inhábiles, a efectos procesales, los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales de cada Comunidad Autónoma (arts. 182.1 LOPJ y 130.2 LEC).
- El sábado es inhábil para el cómputo de plazo de caducidad de la presentación de las demandas de despido (STS 23-1-2006).
- A los efectos de plazo para interponer recursos, cuando medie una fiesta oficial, ya sea local o autonómica, deberá hacerse constar por diligencia (art. 43.6 LJS).
- Son horas hábiles las comprendidas entre las ocho de la mañana y las ocho de la tarde (arts. 182.2 LOPJ y 130.3 LEC), excepto para los actos de comunicación y ejecución que también son hábiles las comprendidas entre las ocho y las diez de la noche (art. 130.3 LEC).
- Si el último día de plazo fuera inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 133.4 LEC).

A pesar de las reglas anteriores, cabe la posibilidad legal de que el juez o Tribunal pueda habilitar días y horas inhábiles para la práctica de actuaciones cuando no fuera posible practicarlas en tiempo hábil o sean necesarias para asegurar la efectividad de una resolución judicial. Esta habilitación se realizará por los secretarios judiciales cuando tuviera por objeto la realización de actuaciones procesales que deban practicarse en materias de su exclusiva competencia, cuando se tratara de actuaciones por ellos ordenadas o cuando fueran tendentes a dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por jueces o Tribunales. No obstante, si una actuación se inicia en tiempo hábil podrá continuar hasta su conclusión sin necesidad de habilitación (art. 43.5 LJS).

Como regla general se establece que todas las actuaciones se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su práctica. Transcurridos éstos, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda (art. 43.2 LJS), estando prohibido a la parte realizar el acto de que se trate en un momento posterior al de la finalización del plazo (preclusión).

Por último, cabe señalar que todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables, salvo los plazos para dictar resolución, y que solamente podrán suspenderse y abrirse de nuevo en los casos expresamente previstos en las leyes (art. 43.3 LJS), correspondiendo al secretario judicial la extensión de la diligencia en la que se haga constar el día y hora de la presentación de los escritos (art. 453 LOPJ), entregando a la parte interesada recibo acreditativo de los documentos presentados.

2. Lugar de los actos procesales

La regla general es que todas las actuaciones judiciales deben practicarse en la sede del órgano judicial, de tal manera que las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los registros de la oficina judicial adscrita a los Juzgados y Salas de lo Social (art. 44.1 LJS), con el fin de garantizar el principio de celeridad que rige en el proceso laboral, evitando demoras innecesarias. De esta manera la LJS

se adapta a la regulación de la nueva oficina judicial y en lugar de mencionar a los Juzgados y Salas de lo Social, como hacía la LPL, se refiere a los registros de la oficina judicial adscrita a los Juzgados y Salas de lo Social como el lugar de presentación de todos los escritos y documentos.

No obstante, como excepción a la regla general se prevé la posibilidad legal de presentación de los escritos y documentos por medios técnicos (electrónicos o telemáticos), cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de los referidos medios técnicos y se garantice la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de las fechas de remisión y recepción (art. 44.2 LJS). En el caso de interrupción de las comunicaciones electrónicas o telemáticas, el remitente podrá presentar los escritos y documentos en el registro de la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción.

En el supuesto de presentación de escritos y documentos sujetos a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas siguientes al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal (creado por la LINOJ), o de no existir éste, en la sede judicial (art. 45.1 LJS), sin que en ningún caso puedan admitirse los escritos presentados en el Juzgado de Guardia (art. 45.2 LJS). En dichos escritos y documentos se estampará el sello en el que conste la oficina judicial ante la que se han presentado, así como el día y hora de su presentación, entregándose al interesado recibo con tal indicación. En caso de presentación por otros medios técnicos se devolverá al interesado el resguardo acreditativo de su presentación en la oficina judicial (art. 46.1 LJS).

En todo caso, los autos permanecerán en la oficina judicial bajo la custodia del secretario, donde podrán ser examinados por los interesados que acrediten interés legítimo, a quienes deberán entregárseles testimonios, certificaciones o copias simples cuando lo soliciten, con los medios técnicos de que se disponga (art. 47.1 LJS) pudiendo acceder, también, al libro de sentencias y al libro de decretos (art. 47.2 LJS), entregándose solamente los autos cuando la Ley lo ordene expresamente y por el plazo que señale (art. 48.1 LJS). De esta manera la LJS posibilita la sustitución de la entrega material de las actuaciones por su acceso informático o entrega en soportes informáticos, si se disponen de los medios necesarios para ello, con el fin de evitar desplazamientos y reducir tiempo, sobre todo en la fase de recursos de casación o suplicación.

3. Forma de los actos procesales

Los actos procesales, según su forma, se pueden clasificar en dos grupos: los emanados de jueces y Tribunales y los provenientes de los secretarios judiciales.

A) Actuaciones de jueces y Tribunales

Los jueces y Tribunales de lo social adoptarán sus decisiones por medio de providencias, autos y sentencias en los casos y con las formalidades legalmente previstos (art. 49.1 LJS).

Las providencias son resoluciones referidas a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la Ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto (art. 206.1 LEC). Tras la entrada en vigor de la LINOJ las providencias han perdido su carácter exclusivo de ordenación material del proceso, como consecuencia de las amplias competencias atribuidas a los secretarios judiciales (decretos). No obstante, existen algunos supuestos en los que por el carácter jurisdiccional de la decisión que se haya de adoptar, se mantiene la forma de providencia. Estos supuestos son, entre otros, las diligencias finales (art. 88.1 LJS) y las inadmisiones a trámite del recurso de reposición frente a providencias y autos y del recurso directo de revisión (arts. 187.2 y 188.2, párrafo tercero, LJS).

Los autos son resoluciones judiciales que deciden recursos contra providencias o decretos y sobre las siguientes cuestiones: inadmisión de demanda; acumulación indebida de acciones; admisión o inadmisión de la prueba; medidas cautelares; aprobación del acuerdo entre las partes cuando no se hubiese alcan-

zado ante el secretario judicial en la fase de conciliación; nulidad o validez de las actuaciones; presupuestos procesales; cuestiones incidentales, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la Ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto (art. 206.1 LEC). La LJS prevé la posibilidad de que el juez o Tribunal pueda dictar verbalmente autos al término de la comparecencia celebrada en cualquier incidente suscitado durante el proceso, siempre y cuando no proceda recurso de suplicación contra los mismos, incluyendo el supuesto de allanamiento total con independencia de la materia y cuantía (art. 51 LJS).

Las sentencias son las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes (art. 206.1 LEC). En el proceso laboral cabe la posibilidad que el Juez, en el momento de terminar el juicio, pueda pronunciar sentencia de viva voz, haciendo referencia a los antecedentes de hecho, hechos que se declaren probados y fundamentación jurídica del fallo, pudiendo las partes solicitar que se les entregue documento que contenga la transcripción por escrito de la sentencia (art. 50.1 LJS). También podrá el juez limitarse a pronunciar el fallo, cualquiera que sea la cuantía o materia, con motivación sucinta del mismo, sin perjuicio de que *a posteriori* redacte la sentencia dentro del plazo y en la forma legalmente prevista (art. 50.2 LJS). La LPL establecía toda una serie de procesos en los que no podía dictarse sentencias de viva voz, tales como los procesos por despido disciplinario y de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y por causas objetivas, los relativos al reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo, los de conflicto colectivo, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de estatutos de los sindicatos y los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (art. 50.2 LPL). Sin embargo, la LJS ha simplificado de manera notable los supuestos en que no procede dictar sentencias orales, relacionándolos directamente con los procesos o modalidades procesales en los que por razón de la materia o de la cuantía no proceda recurso de suplicación (art. 50.1 LJS).

Como requisitos formales comunes a todas las resoluciones será la inclusión de la mención del lugar y fecha en que se adopte, el nombre de quien la dicte, la expresión de si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo y requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y la forma de efectuarlos (art. 52 LJS).

B) Secretarios judiciales

Corresponde a los secretarios judiciales resolver los actos procesales mediante diligencias y decretos, en los casos y con las formalidades legalmente previstas (art. 49.2 LJS). Las diligencias, a su vez, pueden ser de varios tipos: diligencias de ordenación y diligencias de constancia, comunicación o ejecución (art. 206.2 LEC).

Los decretos son resoluciones dictadas por el secretario judicial en los siguientes supuestos: cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto (art. 206.2 LEC).

Las diligencias de ordenación son aquellas resoluciones que tienen como finalidad la ordenación e impulso del proceso, dando a los autos el curso que la ley establezca (art. 206.2 LEC).

Las diligencias de constancia son aquellas resoluciones dictadas por el secretario judicial que tienen como finalidad poner de manifiesto la existencia de hechos con transcendencia procesal, como por ejemplo, la presentación de un escrito o documento o el transcurso de un plazo.

Las diligencias de ejecución son las resoluciones del secretario judicial que tienen como objetivo el ejecutar lo acordado, por ejemplo archivo de actuaciones o remisión de autos al tribunal superior.

Las diligencias de comunicación son las resoluciones que tienen la finalidad material de llevar al conocimiento de los afectados las decisiones y resoluciones judiciales con el objeto de que éstos puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses (STC 64/1996, de 16 de abril). Estas diligencias de comunicación son las siguientes (art. 149 LEC):

- Notificaciones: cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución o actuación.
- Emplazamientos: para personarse y para actuar dentro de un plazo.
- Citaciones: cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar.
- Requerimientos: para ordenar, conforme a la Ley, una conducta o inactividad.
- Mandamientos: para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.
- Oficios: para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el número anterior.

La LJS ha previsto que los secretarios judiciales puedan dictar resoluciones orales durante los actos procesales que presidan (art. 49.3 LJS).

V. OBJETO DEL PROCESO LABORAL

El objeto del proceso laboral es la pretensión, como expresamente se reconoce en el artículo 1 LJS cuando establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan en la rama social del derecho. El proceso será, pues, el instrumento tendente a la satisfacción de pretensiones.

1. Concepto de pretensión

La noción de pretensión es uno de los fundamentos básicos del derecho procesal, sin embargo, ni la extinta LPL ni la LJS han definido el concepto de pretensión, tratándose de un concepto doctrinal. En este sentido, puede definirse la pretensión como la declaración de voluntad fundada en la existencia de un derecho o de un interés legítimo, por la que se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona distinta del autor de la declaración.

De este concepto de pretensión se desprenden los siguientes elementos característicos:

- Se trata de una declaración de voluntad petitoria, referida al derecho o al interés legítimo que en la misma se invoca y a la coincidencia subjetiva de lo reclamado con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.
- Aunque mediante la pretensión se invoca la existencia de un derecho o de un interés legítimo, la pretensión no es en sí misma un derecho, porque no añade nada al derecho de acción (art. 24.1 CE). Tampoco constituye de modo necesario un solo acto procesal, ya que la pretensión puede integrar el contenido de varios actos procesales (interposición, ratificación y conclusión). La pretensión es una actividad procesal que puede consumarse en un solo acto o en varios actos procesales.
- La declaración de voluntad ha de ser fundada, es decir, delimitada y distinguible de otras de acuerdo con razones específicas.
- La declaración de voluntad es de naturaleza pública, en el sentido de que el destinatario de la pretensión procesal es un órgano jurisdiccional, ante el que se reclama una determinada actuación.

- Se interpone siempre frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.

Existen distintos tipos de pretensiones en función de la naturaleza del derecho material que se invoca en la propia pretensión:

- La pretensión será declarativa cuando se solicita del órgano jurisdiccional la declaración de una situación jurídica que ya existía con anterioridad, pudiendo ser positivas o negativas. Ejemplos de las primeras serían las pretensiones en materia de vacaciones (art. 125 LJS), clasificación profesional (art. 137 LJS), movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 138 LJS), conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 139 LJS). Ejemplo de la pretensión declarativa negativa sería la pretensión de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177 LJS) por la que se solicita del órgano jurisdiccional el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo.
- La pretensión será constitutiva cuando lo que se solicita al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. Ejemplo de la primera, sería la pretensión de declaración de existencia de relación laboral [art. 148.*d*) LJS] y de las otras, las pretensiones de despido disciplinario, excepto la de nulidad (art. 103 LJS), impugnación de sanciones (art. 114 LJS), extinción por causas objetivas, excepto la de nulidad (art. 120 LJS).
- La pretensión será de condena cuando lo que se solicita al órgano jurisdiccional es la imposición al sujeto pasivo de la pretensión de una situación jurídica. Ejemplo, una pretensión de reclamación de cantidad.
- La pretensión será de ejecución cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la realización de una conducta material o física. Ejemplo, ejecución de sentencias (art. 237 LJS).
- La pretensión será cautelar cuando lo que se pretende del órgano jurisdiccional es garantizar que la sentencia que se dicte no devenga ineficaz por el transcurso del tiempo. Ejemplos de este tipo de pretensión serían el embargo preventivo (art. 79.2 LJS), impugnación de laudos [art. 132.*c*) LJS] y tutela de los derechos de libertad sindical (art. 180 LJS).

2. Elementos de la pretensión

Los elementos de la pretensión son tres: el subjetivo, el objetivo o material y el circunstancial.

A) Elementos subjetivos

Dentro de los elementos subjetivos de la pretensión se puede distinguir entre el órgano jurisdiccional, el sujeto activo de la pretensión y el sujeto pasivo de la pretensión.

El órgano jurisdiccional que conozca la pretensión ha de tener jurisdicción efectiva en la rama social del derecho (arts. 1, 2 y 3 LJS), tener competencia, tanto jerárquica (arts. 4 a 9 LJS) como territorial (arts. 10 y 11 LJS), y no incurrir en ninguna causa de abstención o recusación (art. 15 LJS).

El sujeto activo de la pretensión deberá tener capacidad procesal (art. 16 LJS), legitimación en la causa (art. 17 LJS) y podrá comparecer por sí mismo o facultativamente estar representado por procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 18.1 LJS).

El sujeto pasivo de la pretensión habrá de contar, igualmente, con capacidad procesal (art. 16 LJS) y con legitimación (art. 17 LJS), pudiendo comparecer por sí mismo o facultativamente estar representado por procurador, graduado social o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 18.1 LJS).

B) Elemento objetivo

El elemento objetivo de la pretensión vendrá constituido por el propio contenido de la declaración de voluntad del sujeto activo de la misma. Este elemento objetivo ha de ser posible, idóneo y causal.

La pretensión ha de ser posible, tanto física como moralmente. No producirán efectos las pretensiones ininteligibles o materialmente impracticables.

La pretensión ha de ser idónea, es decir, ha de ser adecuada al proceso de que se trate. Un supuesto claro de falta de idoneidad sería una pretensión de desahucio ante un juzgado de lo social o una pretensión de despido ante un juzgado de lo penal.

Por último, la pretensión ha de ser causal, entendiendo por tal cuando tiene un fundamento legal o motivo que la justifica o cuando existe un interés personal, legítimo y directo en el que la plantea.

C) Elementos circunstanciales

Los elementos circunstanciales son tres: el lugar, el tiempo y la forma.

El lugar vendrá determinado por la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional que ha de conocer de la pretensión.

El tiempo será el del proceso al que la pretensión pertenece. Así, en los despidos disciplinarios, la pretensión habrá de presentarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido (art. 103.1 LJS).

El ejercicio de las acciones que se entablen ante la jurisdicción social, encauzado formalmente a través de la demanda y materialmente mediante la pretensión, está sujeto al cumplimiento de los plazos de prescripción y caducidad. Los plazos de prescripción comportan la interrupción en su cómputo, de modo que, una vez finalizada la causa de esa paralización, se inicia de nuevo en su integridad el cómputo del plazo. Por el contrario, los plazos de caducidad, que son más breves, se someten únicamente a la suspensión para su cómputo, lo que significa que, una vez terminada la causa suspensiva, no se reinicia el cómputo íntegro del plazo, sino tan sólo el que resta, descontando el plazo ya transcurrido con anterioridad a la suspensión.

La regulación de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones laborales discurre a través de tres reglas. La primera es general y establece el plazo de prescripción de un año a contar desde la terminación del contrato para las acciones laborales derivadas del mismo que no cuenten con un plazo especial (art. 59.1 ET). La segunda es especial, ya que opera cuando la acción se ejerce para exigir el pago de percepciones económicas o «para el cumplimiento de obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato» (por ejemplo, las relativas al derecho a las vacaciones). El plazo es también aquí de prescripción, fijándose en un año «desde el día en que la acción pudiera ejercitarse» (art. 59.2 ET). La tercera regla tiene asimismo carácter especial en cuanto que atañe a la acción para reclamar contra el despido o la resolución de contratos temporales, ya sea por haberse cumplido su término o plazo, ya sea por el cumplimiento de su objeto. En este caso, el plazo es de caducidad y está fijado en veinte días hábiles, computados desde el día siguiente la fecha del despido o la resolución del contrato (arts. 59.3 ET y 103.1 LJS). Se trata de un plazo aplicado también a otras acciones laborales que tienen cierta similitud subjetiva con el despido por implicar decisiones de carácter unilateral por parte del empresario (por ejemplo, la impugnación de sanciones distintas al despido decididas por el empresario: art. 114.1 LJS).

La forma será, asimismo, la del proceso de que se trate. Así, en los procesos de conflicto colectivo la pretensión deberá contener una sucinta referencia a los fundamentos jurídicos [art. 157.1.*c*) LJS] cosa que no es preceptiva en el proceso ordinario (art. 80 LJS).

VI. ACTOS DE EVITACIÓN DEL PROCESO

Aunque el proceso laboral se inicia con la presentación de la demanda, la ley exige una serie de requisitos previos englobados bajo el título de «la evitación del proceso» que tienen como finalidad buscar una solución extrajudicial al conflicto. Estos actos previos son de carácter obligatorio y se diferencian de los denominados actos preparatorios, en que los primeros persiguen el evitar la solución judicial y los segundos no tienen esa finalidad, sino que su pretensión es la de preparar en las mejores condiciones el proceso laboral.

Los actos de evitación del proceso laboral son básicamente: la conciliación o mediación previa a la vía judicial y los laudos arbitrales y la reclamación administrativa previa o el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social. Ambas tienen como característica común que deben interponerse dentro del plazo previsto para el ejercicio de la acción correspondiente y que son obligatorias, de tal manera que en ausencia de las mismas no puede admitirse a trámite la demanda. La novedad introducida por la LJS respecto a la extinta LPL es que se ha adicionado a la conciliación previa a la vía judicial, la mediación y los laudos arbitrales como actos de evitación del proceso, y por otra parte, ha añadido a la reclamación administrativa previa a la vía judicial el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial, comprendiendo de esta manera las distintas formas de agotamiento de la vía administrativa.

1. Conciliación o mediación extrajudicial

La conciliación o mediación previa a la vía judicial celebrada ante el servicio correspondiente o ante el órgano que asuma dichas funciones al amparo de los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos del artículo 83 ET o los acuerdos de interés profesional de los artículos 13 y 18.1 LETA es requisito previo para la tramitación del proceso laboral, de tal manera que éste no puede iniciarse sin haber sido intentado, por lo que su ausencia será una causa de inadmisión de la demanda. La conciliación o mediación previas a la vía judicial viene regulada en los artículos 63 a 68 LJS.

A) Obligatoriedad y excepciones

La conciliación o mediación previas a la vía judicial es obligatoria en la tramitación de los procesos laborales (art. 63 LJS), siendo su finalidad la de descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales.

No obstante, existen una serie de procesos laborales en los que la conciliación o mediación previas a la vía judicial no es obligatoria (art. 64 LJS según redacción dada por el art. 22.Uno LEMURMEL):

- Los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma, tales como la interposición del recurso de alzada o de reposición.
- Los que versen sobre Seguridad Social.
- Los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores.
- Los relativos al disfrute de vacaciones.
- Los relativos a materia electoral.
- Los de movilidad geográfica.
- Los de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- Los relativos a la suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivados de fuerza mayor.
- Los relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Los iniciados de oficio.
- Los de impugnación de convenios colectivos.

- Los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación.
- Los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- Los de anulación de laudos arbitrales.
- Los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones.
- Los derivados de los derechos establecidos en la LOVG.
- Los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto litigioso.
- Los que en su transcurso fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

La LJS ha adicionado con respecto a la LPL tres supuestos de excepción a la conciliación o mediación previas: los procesos de anulación de laudos arbitrales; los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones y aquellos en que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

La ausencia de conciliación o mediación previa a la vía judicial en los supuestos en que sea obligatoria se considerará un defecto procesal, susceptible de subsanación. Por ello, si a la demanda no se acompañara certificación del acto de conciliación o mediación previas, el secretario judicial advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación (art. 81.3 LJS), una vez realizada la subsanación, el secretario judicial admitirá la demanda (art. 81.4 LJS).

En los supuestos de celebración del juicio sin que conste que se haya realizado la conciliación o mediación previa obligatoria, se podrá formular recurso de suplicación, siempre y cuando se haya hecho la debida protesta en tiempo y forma y además haya producido indefensión, con el objeto de que se declare la nulidad de las actuaciones para que se repongan los autos al momento de admisión de la demanda. No obstante, la jurisprudencia (SSTS 13-7-1993 y 4-2-1994) ha venido considerando que la ausencia de conciliación o mediación previa no constituye motivo de recurso de casación al entender que las partes durante el juicio han tenido posibilidad de efectuar sus alegaciones y éste además ha concluido con sentencia.

B) Órgano conciliador o mediador

El artículo 63 LJS hace referencia a tres posibles órganos conciliadores o mediadores:

- El servicio administrativo correspondiente: En 1979 se creó el IMAC, con el objeto de realizar, entre otras, las funciones de conciliación previas a la vía judicial. Los procesos de transferencia a las CCAA de las funciones de mediación y conciliación dio lugar a que el IMAC desapareciera en el año 1985 y que cada CA haya organizado sus propios servicios de conciliación y mediación.
- Órganos creados por acuerdos interprofesionales o convenios colectivos: El artículo 82.2 y 3 ET faculta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a elaborar acuerdos sobre materias concretas, entre las que se incluyen la solución extrajudicial de conflictos laborales. Fruto de ello ha sido el ASEC, a nivel estatal, sin perjuicio de que en las CCAA se haya firmado acuerdos análogos. También deben añadirse los acuerdos de interés profesional (art. 13 LETA) concertados entre asociaciones de trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que presten servicios. Estos tipos de conciliación son alternativos a la primera, por lo que una vez efectuado una no será preciso acudir a la otra.

- Comisión paritaria del convenio colectivo: Los convenios colectivos pueden establecer como requisito previo a la vía judicial el planteamiento de la divergencia ante la Comisión paritaria. Esta posibilidad no excluye a las anteriores y habitualmente suele plantearse en conflictos de carácter colectivo, aunque tampoco se excluyen los individuales.

C) Tramitación

El trámite de la conciliación o mediación previas se inicia con la presentación de la solicitud (art. 65 LJS) o papeleta de conciliación o mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano creado por los acuerdos interprofesionales o convenios. La normativa que sigue regulando esta materia es el RD 2.756/1979, que desarrollaba reglamentariamente la actuación del IMAC respecto a la conciliación.

En la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación deberá hacerse constar (art. 6 RD 2.756/1979) los siguientes requisitos:

- Datos personales del que la presente y de los demás interesados y sus domicilios respectivos.
- Lugar y clase de trabajo, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación.
- Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su pretensión y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza.
- Si se trata de reclamación por despido se hará constar la fecha de éste y los motivos alegados por la empresa.
- Fecha y firma.

El solicitante deberá presentar el original de la solicitud y tantas copias como partes interesadas y dos más (art. 6 RD 2.756/1979). En el mismo acto de presentación se examinará la solicitud para comprobar si reúne los requisitos exigidos solicitándose, en su caso, las aclaraciones necesarias. En el caso de que la solicitud reúna los requisitos exigidos se entregará al solicitante una copia sellada y fechada, al tiempo que se le hace saber el lugar, día y hora para la celebración de la conciliación (art. 8.1 RD 2.756/1979) o mediación. Los demás interesados serán citados por correo certificado con acuse de recibo, adjuntándose la copia correspondiente de la solicitud. Cabe también el telegrama o cualquier otro medio del que quede debida constancia (art. 8.3 RD 2.756/1979).

Las partes en el acto de conciliación o mediación previas deben tener la misma capacidad que se exige a los litigantes en un proceso laboral (art. 5.2 RD 2.756/1979), pudiendo comparecer por sí mismas o por medio de representante. La representación podrá conferirse por poder notarial; comparecencia ante secretario judicial; comparecencia ante el servicio administrativo correspondiente; escrito del interesado designando específicamente al que comparece como representante, facultándole para obligarse en dicho acto, siendo necesario que el representante sea reconocido como tal por la otra parte y se considere suficiente a juicio del letrado conciliador y por último por simple comparecencia y manifestación del representante, siendo, igualmente, necesario que el representante sea reconocido como tal por la otra parte y se considere suficiente a juicio del letrado conciliador. Se admite la posibilidad de que las partes puedan asistir al acto acompañadas de un hombre bueno, por lo que implícitamente se permite la asistencia de abogado o graduado social (art. 10.1 RD 2.756/1979).

La fecha de celebración del acto de conciliación o mediación deberá celebrarse no más tarde de quince días en las acciones sujetas a plazo de caducidad, y no más tarde de treinta en las restantes. Transcurrido el plazo sin celebrarse el acto se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite.

La comparecencia al acto de conciliación o mediación es obligatoria para los litigantes (art. 66.1 LJS).

Una vez celebrado el acto de conciliación o mediación el letrado conciliador o el mediador extenderá acta en la que se hará constar los acuerdos alcanzados por los litigantes. Si no existe avenencia se hará constar de manera expresa. A continuación se firma el acta por las partes y el letrado conciliador o el mediador les hace entrega de una copia certificada de la misma.

D) Efectos

Los efectos de la conciliación o mediación previas se van a estudiar desde una triple perspectiva: de la presentación de la solicitud o papeleta de conciliación; de la incomparecencia de las partes al acto de conciliación y del acto de comparecencia.

a) Efectos de la presentación de la solicitud

- Suspende los plazos de caducidad e interrumpe los plazos de prescripción (art. 65.1 LJS).
- El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado (art. 65.1 LJS).
- El plazo interrumpido se inicia de nuevo y desde el principio (art. 1.973 CC).
- Si transcurren treinta días hábiles, excluyendo el cómputo de los sábados, sin celebrarse el acto de conciliación o mediación, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite (art. 65.2 LJS).
- Los compromisos arbitrales suscritos entre las partes también producirán la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción. El cómputo del plazo de caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral, o en el caso de interponerse un recurso judicial contra el laudo la reanudación de la caducidad será al día siguiente de la firmeza de la sentencia que se dicte. Cuando en el procedimiento arbitral se apreciase la incompetencia, el cómputo de la caducidad se reanudará desde la firmeza de la resolución que pusiese fin al arbitraje (art. 65.3 LJS).
- En la demanda no podrán alegarse hechos distintos a los aducidos en el escrito o papeleta conciliación [art. 80.1.*c*) LJS].

b) Efectos de la incomparecencia de las partes

- Si no comparece el solicitante al acto de conciliación o mediación ni alega justa causa, se tendrá por no presentada la solicitud archivándose lo actuado (art. 66.2 LJS).
- Si no comparece el solicitante al acto de conciliación pero alega justa causa, se hará un nuevo señalamiento y citación si existe plazo hábil (art. 11 RD 2.756/1979) al objeto de evitar la caducidad de la acción.
- Si no comparece el sujeto pasivo del escrito o papeleta de conciliación se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o mediación y se tendrá la conciliación intentada sin efecto. Si la sentencia que posteriormente se dicte estima esencialmente la pretensión y la incomparecencia fue injustificada, el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria (art. 66.3 LJS). La LJS ha sustituido la imposición de multa prevista en la LPL, inoperante en la práctica, por la imposición de costas, relacionada con el principio de vencimiento objetivo, y que no requiere apreciar temeridad o mala fe.

c) Efectos de la celebración del acto de conciliación o mediación

- Si no hay acuerdo entre las partes, se extenderá acta con resultado sin avenencia. No se ha resuelto el conflicto pero ha quedado expedita la vía judicial para la interposición de la demanda. Ésta deberá ser congruente con lo solicitado en el escrito de conciliación.
- Si hay acuerdo entre las partes, se extenderá acta con resultado de avenencia y se recogerá detalladamente el acuerdo alcanzado. Este acuerdo tiene fuerza ejecutiva entre las partes.

E) Ejecutividad del acuerdo de conciliación o mediación y de los laudos arbitrales

a) Ejecutividad del acuerdo de conciliación o mediación

En caso de incumplimiento del acuerdo, reflejado en un acta de conciliación o mediación, se podrá ejecutar el mismo, ya que dicha acta constituye título para iniciar las acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, por los mismos trámites que la ejecución de sentencias (art. 68.1 LJS).

b) Ejecutividad de los laudos arbitrales

Los laudos arbitrales firmes se consideran equiparados a las sentencias firmes exclusivamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución (art. 68.2 LJS).

F) Impugnación del acuerdo de conciliación o mediación y de los laudos arbitrales

a) Impugnación del acuerdo de conciliación o mediación

El acuerdo de conciliación o mediación podrá ser impugnado tanto por las partes firmantes del acta como por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél (FGS, entidades gestoras de Seguridad Social, compañías aseguradoras, etc.). La impugnación se presentará, por las partes o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, ante el juzgado o tribunal que conozca el asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 67 LJS).

La LJS realiza una remisión al CC en lo que respecta a las causas que invalidan los contratos. Las causas de nulidad pueden ser subjetivas, consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (arts. 1.265 a 1.270 CC), por razón del objeto (arts. 1.271 a 1.273 CC) y por razón de la causa (art. 1.275 CC).

b) Impugnación de los laudos arbitrales

Las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales, cuyo conocimiento corresponda al orden social, incluidos los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se sustanciarán por los trámites del proceso ordinario, salvo que tengan establecido un procedimiento especial (art. 65.4 LJS).

La impugnación de los laudos arbitrales deberá fundamentarse en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos al mismo y vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. Si el impugnante es el FGS u otros terceros posibles perjudicados la fundamentación de la impugnación se basará en ilegalidad o lesividad y el plazo de impugnación empezará a contarse desde el momento en que hubieran conocido la existencia del laudo arbitral (art. 65.4 LJS).

La acción de impugnación del laudo arbitral caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo (art. 65.4 LJS).

2. Reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social

La conciliación o mediación extrajudicial, estudiada anteriormente, tiene una limitación importante cuando se trata de litigar contra entes públicos debido a que tienen proscrito transigir sobre sus derechos y obligaciones. No obstante, para evitar que el conflicto llegue a la vía jurisdiccional, la LJS ha arbitrado un acto previo, distinto a la conciliación o mediación extrajudicial, conocido como reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social, por el que se pone en conocimiento del ente público el conflicto y se le da la posibilidad de que adopte una solución extraprocesal. El Tribunal Constitucional ha considerado justificada la dificultad de acceso a la jurisdicción que implica la reclamación previa (STC 217/1991 y 120/1993, entre otras).

La reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial está regulada en los artículos 69 a 73 LJS, distinguiéndose entre la reclamación ante el Estado, CCAA, entidades locales y entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos y la reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social. La novedad de la LJS es que menciona de manera expresa a aquellos procesos que exijan otra forma de agotamiento de la vía administrativa distinta de la reclamación previa, dejándose abierta ambas posibilidades.

A) Reclamación administrativa previa frente al Estado, CCAA, entidades locales y entidades de Derecho Público con personalidad jurídicapropia vinculadas o dependientes de los mismos o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social

Para el ejercicio de acciones fundadas en derecho laboral contra el Estado, CCAA, entidades locales y entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, será requisito necesario haber interpuesto reclamación previa a la vía judicial social, o en su caso, haber agotado la vía administrativa en los casos en que proceda (arts. 69.1 LJS y 120.1 LRJPAC).

Esta reclamación administrativa previa tiene una doble finalidad: por un lado, poner en conocimiento de la Administración el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, y por otro lado dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición (STS 18-3-1997). La reclamación previa en realidad es un privilegio de la Administración que pone de manifiesto su posición preeminente, aunque esté sujeta al derecho laboral.

a) Obligatoriedad y excepciones

La regla general es que todas las pretensiones laborales que se formulen contra las Administraciones Públicas requieren reclamación administrativa previa.

No obstante, el concepto de Administración Pública hay que entenderlo en un sentido restrictivo, por lo que hay que excluir del mismo a la ONCE (STS 23-10-1989), a las corporaciones de derecho público, como los colegios profesionales (STS 23-10-1989), al ente público RTVE (STS 7-5-1983), a las notarías (STS 11-10-1988) y a las sociedades mercantiles estatales (Disp. Adic. 12.ª LOFAGE).

Por su parte, quedan exceptuados de la reclamación administrativa previa los siguientes procesos (art. 70.1 según redacción dada por el art. 22.Dos LEMURMEL y 70.3 LJS):

- Los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores.
- Los relativos al disfrute de vacaciones.
- Materia electoral.

- Movilidad geográfica.
- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- Los de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
- Los relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Los iniciados de oficio.
- Los de conflictos colectivos.
- Los de impugnación de convenios colectivos.
- Los de impugnación de los estatutos de los sindicatos y su modificación.
- Los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo potestativo.
- Las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial.
- Los derivados de los derechos establecidos en la LPIVG.

La LJS, en coherencia con la doctrina emanada del TC, prevé que no será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días a partir del día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución o de veinte días una vez que hayan transcurrido veinte días desde la reclamación por inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho (art. 70.2 LJS). Se exceptúa asimismo del requisito de la reclamación previa el ejercicio de las acciones derivadas de los derechos establecidos en la LOVG (art. 70.3 LJS).

El interesado podrá formalizar, en el plazo de dos meses, la demanda ante el Juzgado o Sala competente, acompañando copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación o de la interposición o resolución del recurso administrativo, o cuando haya transcurrido más de un mes sin contestación (art. 69.2 LJS). La omisión de la reclamación previa o de la acreditación de su realización es un defecto subsanable (art. 81.1 LJS), pero que no puede alegarse como motivo de recurso de casación por quebrantamiento de forma.

b) Tramitación

- El interesado que interponga una reclamación administrativa previa deberá tener capacidad, conforme a las reglas establecidas en el artículo 16 LJS.
- La reclamación administrativa previa irá dirigida al jefe administrativo o director del establecimiento u organismo en que el trabajador preste sus servicios (art. 125 LRJPAC).
- La reclamación administrativa previa deberá presentarse en los registros del órgano administrativo al que se dirigen o por cualquier otra forma de las previstas en el artículo 38.4 LRJPAC, esto es, en cualquier otro registro de la Administración estatal o autonómica, e incluso local en algunos casos, correo certificado.
- De la presentación del escrito se dará recibo al reclamante, que puede consistir en una copia sellada y fechada con la diligencia de presentación (art. 70.3 LRJPAC).
- El plazo de la presentación de la reclamación será el mismo que se establece en la legislación para el ejercicio de las acciones laborales.
- Respecto al contenido de la reclamación administrativa previa no existe regulación legal por lo que se entiende que deberá ser análogo al de la demanda, debiendo constar, en todo caso, el nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, y lugar a efectos

de notificaciones; el órgano administrativo al que se dirige; los hechos y fundamentos en que se basa la solicitud y el lugar, fecha y firma del solicitante.

- Cabe la posibilidad de la subsanación de defectos en el plazo de diez días (art. 70.1 LRJPAC).

c) Efectos

Los efectos de la reclamación administrativa previa o de la vía administrativa pueden derivarse de la presentación del escrito y del resultado que con la misma se obtenga.

- Efectos de la presentación de la reclamación administrativa previa.
  - Interrupción de la prescripción, lo que implica que el plazo ha de iniciarse a computar desde el principio (art. 73 LJS).
  - Suspensión de la caducidad, lo que implica que el cómputo del plazo de la acción se reanudará a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada (art. 73 LJS).
- Efectos del resultado de la reclamación administrativa previa.
  - La Administración contesta dentro de plazo y estima la reclamación del interesado. En este caso el litigio queda resuelto y no será necesario acudir a la vía judicial. La resolución no es título ejecutivo.
  - La Administración mediante resolución expresa deniega lo solicitado por el interesado. A partir de la fecha de la notificación de la resolución queda expedita la vía judicial debiendo presentar el interesado la demanda en el plazo de dos meses (art. 69.2 LJS), salvo en el caso de las acciones derivadas de despido en que el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles (art. 69.3 LJS).
  - La Administración mediante resolución expresa estima parcialmente la reclamación, por lo que queda expedita la vía judicial para demandar únicamente sobre la parte de la pretensión denegada.
  - La Administración no contesta en el plazo de un mes, en cuyo caso, la reclamación se entiende denegada por silencio negativo y el reclamante puede proceder a demandar (art. 69.2 LJS).

B) Reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social

La regulación de la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social es idéntica que la reclamación previa ante las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que se van a señalar.

a) Obligatoriedad y excepción

Será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social la interposición de la reclamación administrativa previa ante la entidad gestora de la misma (art. 71.1 LJS).

No será necesaria la reclamación administrativa previa en los litigios que se susciten como consecuencia de la impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerde el alta médica emitidas por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de IT (art. 71.1 LJS).

b) Tramitación

- La reclamación debe interponerse ante el órgano que dictó la resolución en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma (art. 71.2 LJS).
- Si la resolución es presunta, el plazo de treinta días se cuenta desde la fecha en que deba entenderse producido el silencio administrativo (art. 71.2 LJS).
- Si se impugnan altas médicas, no exentas de reclamación previa, ésta se interpondrá en el plazo de once días desde la notificación de la resolución (art. 71.2, segundo párrafo, LJS).
- Si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación se interpondrá, en el mismo plazo, ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver, o en otro caso ante el órgano correspondiente de la entidad gestora u organismo público gestor de la prestación (art. 71.3 LJS).
- En el caso de que para el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho la Entidad correspondiente deba proceder de oficio, si no se produce la resolución, el interesado podrá solicitar que se dicte la resolución y esa petición se entiende como reclamación previa (art. 71.4 LJS).
- La entidad de Seguridad Social deberá contestar en el plazo de cuarenta y cinco días. Si no contesta en este plazo debe entenderse denegada por silencio administrativo (art. 71.5 LJS).
- En los procedimientos de impugnación de altas médicas, en los que tenga que interponerse reclamación previa, el plazo para contestación a la misma será de siete días, entendiéndose desestimada una vez transcurrido dicho plazo (art. 71.5, párrafo 2.º, LJS).
- La demanda deberá interponerse en todo caso en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo (art. 71.6, párrafo 1.º, LJS).
- En los procesos de impugnación de altas médicas el plazo para interponer la demanda será de veinte días, que cuando no sea exigible reclamación previa se computará desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acodada por la Entidad gestora (art. 71.6, párrafo 2.º, LJS).
- Si no existe resolución expresa dentro del plazo de los cuarenta y cinco días y no se presenta la demanda, pero sí se dicta resolución pasado ese plazo, la jurisprudencia ha entendido que se reabre un nuevo plazo de treinta días para presentar la demanda (STS 30-10-1995).
- En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, excepto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad (art. 72 LJS).

c) Efectos

El principal efecto que produce la reclamación administrativa previa ante las entidades gestoras es la interrupción de los plazos de prescripción y suspensión de la caducidad (art. 73 LJS), remitiéndonos a lo ya dicho al estudiar la reclamación administrativa previa ante las Administraciones Públicas.

BIBLIOGRAFÍA

I. Clases de proceso laboral

Alfonso Mellado, C. L.; Lleó Casanova, B., y Rodríguez Pastor, G.: *La nueva regulación del proceso laboral*, Valencia, 2011.

Andino Axpe, L. F.: «El contencioso en la ejecución social. Incidentes, intereses y costas», *Repertorio de Jurisprudencia*, vol. VI, 1999.

Blasco Pellicer, A.: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *AS*, n.º 7/2001, «Las medidas cautelares en el proceso laboral», *Estudios de Derecho Laboral*, BIB 1996\1554.

Botana López, J. M.: «La acción declarativa en especial en los procesos de trabajo y seguridad social», *Estudios de Derecho Laboral*, 1995.

Casado Rodríguez, E. P.: «Aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución laboral», *IL*, n.º 1/2001.

Casas Baamonde, M. E.: «¿Normalización de las acciones declarativas y recuperación del principio dispositivo en el proceso laboral?», *REDT*, n.º 53/1992.

Cavas Martínez, F.: «La reforma procesal de 2009-2010: cambios en la sustanciación de las modalidades procesales», *AS*, n.º 21/2010.

— «La reforma procesal de 2009-2010 (II): cambios en la sustanciación del proceso laboral ordinario», *AS*, n.º 17/2009.

De las Heras García, M. A.: «Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv», *AS*, n.º 10/2001.

Garberí Llobregat, J.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Pamplona, 2011.

González González, A.: «La ejecución provisional en el Proceso Laboral», *IL*, n.º 15/2000.

Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral*, Madrid, 2000.

Ríos Salmerón, B.: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y las "disposiciones de carácter general" sobre ejecución social contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral», *RMTAS*, n.º 28/2001.

Salas Carceller, A.: «La posible revisión en juicio declarativo de lo actuado en el proceso de ejecución», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 16/2003.

Salinas Molina, F.: «Lo contencioso en la ejecución laboral: cuestiones incidentales y oposición», *IL*, n.º 6/1998.

Toscani Giménez, D.; Alegre Nueno, M., y Valenciano Sal, A.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid, 2012.

Vidal Galindo, F.: «Las acciones declarativas individuales en el proceso laboral», *AS*, n.º 11/2008.

VVAA: *La reforma del proceso laboral: la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, 2012.

— *Materiales práctico-audiovisuales de proceso laboral: incluye anexo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Pamplona, 2011.

— *El nuevo proceso laboral: estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, 2011.

— *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor L. E. de la Villa*, Valladolid, 2001.

II. Principios del proceso laboral

Cardenal Carro, M.: «El Tribunal Constitucional sugiere al legislador introducir un nuevo trámite de audiencia en el procedimiento laboral», *AS*, n.º 3/2006.

Cea Ayala, A.: «La más reciente jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en el ámbito social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 16/2001.

García Becedas, G.: «Los principios informadores del proceso laboral (algunas reflexiones críticas en torno a la oralidad, celeridad y concentración)», en *El Proceso Laboral,* Estudios en homenaje al profesor L. E. de la Villa, 2001.

González Beilfu, M.: *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional,* Pamplona, 2006.

Jiménez Aparicio, E.: «Sobre el principio de legalidad procesal», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n.º 362/1998.

Jimeno Bulnes, M.: «Aspectos generales de la regulación de los medios de prueba en el proceso laboral. Aplicación supletoria de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden jurisdiccional social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales,* n.º 14/2001.

Lorenzo de Membiela, J. B.: «El principio "pro actione" en el ámbito procesal laboral: visión jurisprudencial», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales,* vol. V, 1999.

Lousada Arochena, L. F.: «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva», *AS,* vol. IV, 1996.

Purcalla Bonilla, M. A.: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)», *AS,* n.º 10/2004.

Quintana López, T., y Rodríguez Escanciano, S.: «El derecho a la tutela judicial efectiva: Reclamación administrativa previa y principio "pro actione"», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n.º 3/2003.

Sigüenza López, J.: «Inexistencia de doble grado de jurisdicción en el proceso laboral. Medios que permiten evitar que se dicten sentencias contradictorias en dicho orden jurisdiccional», *AS,* n.º 14/2002.

Valle Muñoz, F. A.: «Los principios rectores del proceso laboral: manifestaciones en la Ley de procedimiento Laboral y tratamiento jurisprudencial», *AS,* vol. V, Parte Estudio, 1999.

III. Partes del proceso laboral

Avilés Caballero, J. A.: «Necesidad de la intervención de letrado en los recursos de casación y suplicación en el proceso laboral», *Diario La Ley,* tomo 1, 1981.

Barrio Calle, M. A.: «Problemas actuales sobre la representación en el proceso laboral», *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios judiciales,* n.º 4/2000.

— «El beneficio de la Justicia gratuita y los gastos procesales en el procedimiento laboral», *AS,* n.º 6/2004.

— «La representación en el Proceso Laboral», *Revista de Derecho Procesal,* n.º 1/1981.

Baylos Grau, A.: «La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva», *Derecho privado y Constitución,* n.º 4/1994.

Desdentado Daroca, E.: *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales,* Valladolid, 2006.

Fernández Bermúdez, J.: «La representación por Graduado Social: algunos puntos conflictivos en su relación con las entidades gestoras», *AS,* n.º 7/2004 y 8/2004.

Fernández Rodríguez, A.: «La legitimación de las Mutuas Patronales, Mutualidades Laborales e Instituto Nacional de Previsión en los procesos derivados de accidente de tráfico que sean, a la vez, accidentes de trabajo de los denominados "in itinere"», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro,* n.º 3/1979.

Gallego Córcoles, I.: «La capacidad de obrar del contratista», *Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas,* n.º 70/2000.

García Murcia, J., y Menéndez Sebastián, P.: «La tutela de la libertad sindical y la intervención del sindicato como coadyuvante», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n.º 1/2001.

Gete-Alonso y Calera, M. C.: «La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona», *Cuadernos Civitas,* BIB 1992\1067.

Gil Suárez, L.: «La capacidad procesal», *AS*, n.º 22/2000.
González Pillado, E.: «La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *AS*, vol. IV, 1996.
Martín Brañas, C.: «La legitimación empresarial en el proceso laboral», *REDT*, n.º 93/1999.
Palomeque López, M. C.: «La presencia del sindicato en el proceso de trabajo», *Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n.º 4/2000.
Ríos Salmerón, B.: «Partes del proceso laboral», *EJB*, 1995.
Sánchez Alonso, M.: «Comunidades de Bienes y Sociedades Civiles irregulares: capacidad procesal y legitimación», *Bajo estrados*, n.º 15/2008, Colegio de Abogados de Jaén, Jaén.
Sanguineti Raymond, W.: «Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal: legitimación pasiva y responsabilidad en el ámbito laboral», *AS*, n.º 8/2000.
Sanz Llorente, F.: «El poder para pleitos: caracteres y otorgamiento», *Diario La Ley*, tomo 1, 1991.
Tárrega Poveda, J.: «La representación y defensa por Graduado Social», *AS*, vol. II, 1996.

IV. Régimen de los actos en el proceso laboral

Charro Baena, P.: «Vacaciones y proceso por despido», *AS*, vol. II, 1998.
Chocrón Giráldez, A. M.: «Elección del fuero competencial aplicable en los procesos sobre reintegro de prestaciones por desempleo en casos de contratación temporal fraudulenta», *AS*, n.º 6/2006.
— «La inhabilidad a efectos procesales de los sábados ¿es aplicable al cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido?», *AS*, n.º 13/2005.
Cons García, J.: «Formalismo en el proceso laboral. Comentario jurisprudencial», *Diario La Ley*, tomo 4, 1981.
De Alcántara-García de Irazoqui, P.: «La sumisión tácita territorial en el proceso laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 626/2004.
Díaz de Rábago Villar, M.: «La presentación de escritos el último día de un plazo en el proceso laboral: la incidencia de las reglas contenidas en el art. 135.1 y 2 LECiv», *AS*, n.º 13/2001.
González González, C.: «Novedades principales introducidas en el proceso laboral por la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10/2009.
Gorelli Hernández, J.: «La presentación de escritos en el Juzgado de Guardia el último día de plazo según la jurisprudencia laboral», *Diario La Ley*, tomo 3, 1996.
Lacueva Bertolaci, R.: «El Decreto del Secretario Judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 739/2007.
López Ahumada, J. E.: «Efectos del período de vacaciones no disfrutado en la caducidad de la acción de despido», *AS*, n.º 22/2010.
Luján Alcaraz, J.: «La reforma procesal de 2009-2010 (III): novedades en relación con los actos de comunicación», *AS*, n.º 18/2009.
Molina Navarrete, C.: *La reforma de la Oficina Judicial en el proceso laboral ¿una gestión moderna para un proceso envejecido?*, Madrid, 2010.
Muerza Esparza, J.: *Comentario al artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales*, Pamplona, 2001.
Pozo Moreira, F. J.: «La presentación de demandas y documentos y la realización de notificaciones en los Juzgados y Tribunales del Orden Social por medios telemáticos: la reforma del Procedimiento Civil y Laboral por la Ley 41/2007», *Diario La Ley*, n.º 6.890/2008.
Rubio Sánchez, F.: «La presentación de escritos ante el Juzgado de Guardia: artículo 45 LPL "versus" artículo 135 LECiv», *AS*, n.º 5/2001.
Sánchez Prieto, S.: «La modernización de la justicia: El nuevo papel de los Secretarios Judiciales», *La Revista*, n.º 58/2009.

Suárez-Quiñones Fenández, J. C.: «Administración de Justicia y Nuevas Tecnologías. Presente y futuro», *Diario La Ley*, n.º 7.421/2010.

Tárraga Poveda, J.: *Formularios procesales sociales para graduados sociales y abogados: adaptados a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*, Murcia, 2011.

Toribios Fuentes, F., y Verdugo García, J.: «El traslado de copias de escritos y documentos: estudio de los artículos 276 a 278 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 499/2001.

V. Objeto del proceso laboral

Álvarez Sacristán, I.: «La pretensión en el proceso laboral», *RL*, n.º 19/1989.

Caballero Sánchez, J.: «Las sentencias declarativas en el proceso laboral: requisitos de admisionabilidad y condicionamiento», *REDT*, n.º 69/1995.

Chocrón Giráldez, A. M.: «Petición indemnizatoria del trabajador derivada de la vulneración de derechos fundamentales», *AS*, n.º 19/2003.

Guasp, J.: *La pretensión procesal*, Pamplona, 1985.

Salas Carceller, A.: «La causa de pedir en las acciones sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa contractual o extracontractual», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 21/2004.

Villamarín López, M. L.: «Incongruencia por *extra petitum* e indefensión», *AS*, n.º 17/2007.

VI. Actos de evitación del proceso

Blasco Pellicer, A.: «La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social», *REDT*, n.º 95/1999.

Cardenal Carro, M.: «Conciliación ante órgano territorialmente incompetente, caducidad de la acción y tutela judicial efectiva», *AS*, n.º 9/2002.

Desdentado Bonete, A.: «Funciones y disfunciones de la reclamación previa. Un comentario a la STC 12/2003», *REDT*, n.º 120/2003.

Doctor Sánchez-Migallón, R.: «La impugnación del acuerdo conciliatorio: algunas consideraciones sobre el artículo 67 de la Ley del Procedimiento Laboral», *Diario La Ley*, n.º 6.059/2004.

Galdana Pérez-Morales, M.: «La reclamación previa como presupuesto preprocesal», *AS*, n.º 4/2005.

García Alfonso, J. M.: «A propósito de la reclamación administrativa previa», *REDT*, n.º 73/1995.

García Quiñones, J. C.: «Preferencia del procedimiento de ejecución de la conciliación frente a un proceso declarativo posterior para la reclamación de lo acordado en trámite de conciliación previa», *RL*, n.º 9/2002.

García Viña, J.: «Pago por parte del Fondo de Garantía Salarial de una indemnización por despido acordada en conciliación extrajudicial», *AS*, n.º 7/2009 y 8/2009.

Gutiérrez-Alviz Conradi, L.: «Fortalecimiento de la reclamación previa en vía administrativa tras la nueva LEC», *La toga*, n.º 162/2007.

Luján Alcaraz: «Fuerza ejecutiva de los acuerdos alcanzados en conciliación extrajudicial y cosa juzgada», *AS*, vol. III, paráf. 58.

— «Finalidad de la reclamación previa y excepciones a su exigencia», *AS*, tomo IV, 1996.

Meana Cubero, M. T.: «Prohibición de variación sustancial de los hechos alegados en reclamación previa como manifestación de la prohibición de indefensión *ex* artículo 24 CE. La prescripción como hecho excluyente del derecho alegado por el actor», *AS*, n.º 2/2008.

Nieves Nieto, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia, 2002.

Pérez Morales, M. G.: «La reclamación previa como presupuesto preprocesal», *AS*, paráf. 15. Parte presentación, Aranzadi, 2005.

Ques Mena, L.: «La exención de depósitos y cauciones. Reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones ante las jurisdicciones civil y social», *Diario La Ley*, n.º 7.153/2009.

Quintana López, T., y Rodríguez Escanciano, S.: «El derecho a la tutela judicial efectiva: Reclamación administrativa previa y principio "pro actione"», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 3/2003.

Romero de Bustillo, S.: «Aspectos críticos de las vías previas en el proceso laboral», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 63/2004.

CAPÍTULO 25:
PROCESO LABORAL ORDINARIO

El presente capítulo tiene por objeto el estudio del proceso laboral ordinario, desde su inicio hasta su finalización. Sin embargo se comenzará por abordar toda una serie de actos previos que tienen como finalidad el preparar el proceso.

La LJS prevé que antes del inicio del proceso se realicen ciertas actuaciones ante el órgano judicial con la finalidad de preparar el proceso. Entre estas actuaciones se estudiarán los denominados actos preparatorios que consisten en solicitar del juez que el eventual demandado preste declaración acerca de algún hecho relativo a su personalidad o solicitar la consulta de documentos imprescindibles para presentar la demanda y las medidas precautorias que persiguen salvaguardar la virtualidad del proceso, mediante la práctica anticipada de la prueba y el embargo preventivo.

El proceso laboral propiamente dicho se inicia con la interposición de la demanda, de la que se estudiarán de manera detallada sus requisitos; los trámites de su presentación y admisión; la subsanación de defectos en que pudiera incurrir y por último, se hará especial hincapié en la acumulación de acciones y procesos como actos procesales que tienen como finalidad hacer realidad los principios de celeridad y de economía procesales que inspiran el proceso laboral.

A continuación se abordará el desarrollo del proceso laboral, que se inicia con la conciliación judicial, previa al inicio del juicio oral, y que se realiza ante el secretario judicial. Una vez realizada la conciliación judicial sin avenencia, sin solución de continuidad, se pasa al juicio oral. A continuación se estudiará sus distintas fases: la inicial o de alegaciones; la fase probatoria y la fase de conclusiones y como transversal a todas ellas el Acta del juicio, con las modificaciones introducidas por la LINOJ. Y, por último, en este apartado se estudiarán las diligencias finales cuya finalidad es que por parte del juez o tribunal, una vez terminado el juicio y antes de dictar sentencia, se pueda acordar la práctica de cuantas pruebas se estimen necesarias.

El proceso laboral termina, habitualmente, mediante sentencia que resuelve el litigio entre las partes, por lo que se expondrán los requisitos generales de la misma, el plazo para dictarse, las distintas modalidades y su estructura. También cabe la posibilidad de que el proceso termine mediante el dictado de una sentencia no contradictoria en los casos de allanamiento por parte del demandado o de renuncia por parte del demandante. Y, por último, el proceso laboral también podrá terminar sin que sea necesario dictarse sentencia, en los casos de desistimiento del demandante o cuando exista acuerdo de las partes en litigio.

El capítulo concluirá con el estudio del proceso monitorio que ha sido introducido por la LJS a semejanza del previsto en la LEC y que aparece concebido como una especialidad dentro del proceso ordinario.

I. REGULACIÓN GENERAL

El proceso laboral ordinario se inicia con la presentación de la demanda, no obstante, existen una serie de actos que tienen como finalidad preparar el futuro proceso, y otros que persiguen el aseguramiento de los resultados del proceso. A los primeros se les llama actos preparatorios o diligencias preliminares en terminología de la LEC y a los segundos, medidas cautelares.

1. Actos preparatorios y medidas cautelares

A) Actos preparatorios y diligencias preliminares

Los actos preparatorios y diligencias preliminares no tienen como finalidad la evitación del proceso, como los vistos en el capítulo anterior, sino que responden a la necesidad de preparar adecuadamente el proceso, facilitando a las partes los elementos necesarios para poder interponer la demanda. Unas veces se pretenderá resolver las incógnitas que se planteen respecto a los litigantes, y otras veces, sobre la materia objeto de la controversia.

La regulación de los actos preparatorios y diligencias preliminares se encuentra en los artículos 76 y 77 LJS. Estos actos preparatorios y diligencias preliminares tienen carácter facultativo, tanto respecto a su solicitud como respecto a la decisión que adopte el órgano judicial.

Los actos preparatorios se iniciarán mediante solicitud del interesado, en la que deberá hacerse constar la causa de la petición. El juez de lo social decidirá sobre lo solicitado, sin necesidad de tener que oír al sujeto pasivo de la misma. Contra la resolución judicial que deniegue la práctica de las diligencias no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que en su día pueda interponerse contra la sentencia (art. 76.6 LJS).

Los actos preparatorios regulados en la LJS son los siguientes:

a) Examen de las partes

Quien pretenda demandar, puede solicitar del órgano judicial que aquél contra quien se pretende dirigir la demanda preste declaración acerca de algún hecho relativo a su personalidad, capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el juicio (art. 76.1 LJS).

La LJS, a diferencia de la extinta LPL, ha previsto que quien pretenda demandar pueda solicitar del órgano judicial la determinación de quiénes son los socios, partícipes, miembros o gestores de una entidad sin personalidad y las diligencias necesarias encaminadas a la determinación del empresario y los integrantes del grupo o unidad empresarial, así como la determinación de las personas concurrentes a la producción de un daño con la persona a la que se pretenda demandar y la cobertura del riesgo en su caso (art. 76.1, párrafo 2.º, LJS). Igualmente la LJS también prevé que el juicio pueda prepararse por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables (art. 76.2 LJS).

El futuro demandante a través de la declaración de las partes podrá despejar las dudas que se le susciten respecto a la legitimación pasiva o incluso sobre si existe una situación litisconsorcial. La declaración será oral y se practicará en forma de interrogatorio de parte con juramento o promesa, aunque también se permite la exhibición de los documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación (arts. 258 a 261 LEC). El Auto que acuerde la confesión será notificado a las partes.

Lo que declare el sujeto pasivo no fija un dato procesal definitivamente sino que se puede cuestionar en el proceso. Contra la decisión del juez no cabrá recurso alguno, aunque se puede interponer posteriormente contra la sentencia (art. 76.6 LJS).

b) Exhibición previa de documentos

El que pretenda demandar o prevea que vaya a ser demandado podrá solicitar del órgano judicial el examen de libros y cuentas o la consulta de cualquier otro documento cuando demuestre que es imprescindible para fundamentar la demanda o su oposición. En el caso de documentos contables el solicitante podrá acudir asesorado por un experto en la materia, que estará sometido a los deberes que puedan incumbirle profesionalmente en relación con la salvaguardia del secreto de la contabilidad, corriendo las costas originadas por el asesoramiento del experto a cargo de quien solicite sus servicios (art. 77.1 LJS).

El órgano judicial resolverá por auto dentro del segundo día lo que estime procedente, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para que el examen se lleve a efecto de la forma menos gravosa y sin que la documentación salga del poder de su titular, pudiéndose facilitar una copia de los mismos en soporte preferiblemente electrónico, sin perjuicio de que pueda cotejarse con el original (art. 77.2 LJS). La resolución judicial deberá contener la motivación correspondiente para tal examen, pudiéndose recurrir en reposición, o en su caso, súplica. En los supuestos de resistencia por el sujeto pasivo al examen de libros, cuentas y documentos, el juez mediante providencia, podrá adoptar medidas preventivas, requisando los documentos y poniéndolos a disposición del interesado en la propia sede judicial (art. 262.2 LEC).

c) Autorización judicial a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la adopción de medidas de inspección y control

En los supuestos en que el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, la ITSS y en su caso la Administración laboral, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial cuando el titular se opusiese o existiese riesgo de tal oposición o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas (art. 76.5 LJS).

B) Medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen como finalidad el aseguramiento de los resultados del proceso una vez que se ha interpuesto la demanda. Estas medidas podrán acordarse en la propia sentencia para asegurar la tutela judicial, rigiéndose según lo dispuesto en los artículos 721 a 747 LEC o podrán anticiparse cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 79.1 LJS). Las medidas cautelares previstas en el artículo 79 LJS son básicamente: la práctica anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el acto de juicio o cuya realización pueda generar graves dificultades; el embargo preventivo de los bienes del demandado en cuantía suficiente para cubrir lo reclamado y que podrá solicitarse en cualquier momento del proceso, antes del juicio oral; la suspensión de la ejecución de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social; alzamiento, mantenimiento o adopción de la paralización de trabajo por riesgo grave e inminente y la suspensión de la relación laboral o la exoneración de la prestación de servicios, traslado de puesto o centro de trabajo, reducción o reordenación del tiempo de trabajo.

a) Práctica anticipada de pruebas

Quien pretenda demandar o presuma que va a ser demandado podrá solicitar previamente del juez o Tribunal la práctica anticipada de algún medio de prueba, incluido el examen de testigos, cuando exista

temor fundado de que, por causa de las personas o del estado de las cosas no puedan realizarse en el momento procesal oportuno (art. 78.1 LJS).

Este acto preparatorio en realidad es una anticipación de la prueba, por lo que tiene valor de prueba en el proceso. La tramitación de la solicitud de la práctica anticipada de pruebas o cuya realización presente graves dificultades en el momento del juicio se realizará, como se ha dicho, ante el juez o Tribunal por cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero sin que en ningún caso pueda dar lugar a la suspensión del acto de juicio (art. 78.2 LJS).

Por lo que respecta al examen de testigos, se realiza en forma de interrogatorio, quedando bajo custodia del secretario judicial hasta que se interponga la demanda en que quedará unida a la misma (art. 296.2 LEC).

El proceso posterior deberá incoarse en el plazo de dos meses desde la práctica anticipada de la prueba, pues en caso contrario perderá su valor probatorio. Si conociera del proceso posterior un órgano distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones. En el supuesto de que determinadas pruebas no puedan ser realizadas en el acto del juicio, o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento, las partes en el proceso podrán solicitar al juez su práctica anticipada, el cual decidirá lo pertinente para su práctica en los términos previstos por la norma que regule el medio de prueba correspondiente. Contra la resolución denegatoria no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia (art. 78.2 LJS).

Al igual que se ha dicho para el examen de testigos, la documentación del acto de prueba quedará bajo custodia del secretario judicial hasta que llegue el momento de unirla a las actuaciones.

b) Embargo preventivo

El embargo preventivo es una medida cautelar que pretende garantizar la resolución obtenida en un proceso principal mediante la afección de bienes del demandado.

La solicitud de embargo preventivo podrá ser presentada en cualquier momento del proceso antes de la sentencia, sin que por eso se suspenda el curso de las actuaciones (art. 79.4 LJS) pudiendo el órgano judicial requerir al solicitante del embargo, en el término de una audiencia, para que presente documentos, información testifical o cualquier otra prueba que justifique la situación alegada. En los casos en que pueda derivarse responsabilidad del FGS, éste deberá ser citado a fin de señalar bienes (art. 79.3 LJS).

El embargo preventivo podrá decretarse por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte interesada o del FGS, en los casos en que pueda derivarse su responsabilidad cuando se presuma que el demandado pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia (art. 79.2 LJS).

El embargo preventivo consistirá en la afección de los bienes del demandado en cuantía suficiente para cubrir lo reclamado en la demanda y lo que se calcule para las costas de ejecución (art. 79.2 LJS), estando los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social y los sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, exentos de la prestación de cauciones, garantías e indemnizaciones relacionadas con las medidas cautelares que pudieran acordarse (art. 79.1, párrafo 3.º, LJS).

El embargo preventivo, como medida cautelar, deberá reunir las características exigidas en el artículo 726 LEC para todas las medidas cautelares:

- Tener como única finalidad el hacer posible la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.
- No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa para el demandado.

- Tener un carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento.

Cuando en las demandas por AT o EP, mejoras voluntarias o complementarias de la Seguridad Social, no se hiciese constar el nombre de la entidad gestora, o en su caso, de la MATEP o el documento de cobertura de dichas mejoras, el secretario judicial, antes del señalamiento del juicio, requerirá al empresario para que en un plazo de cuatro días presente los documentos acreditativos de dichas coberturas. Si transcurrido dicho plazo no lo presentará, el juez acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio, previa audiencia a la TGSS (arts. 79.5 y 142.1 LJS). Iguales medidas cautelares se adoptarán en los casos de responsabilidad empresarial sobre enfermedades profesionales por falta de reconocimientos médicos (arts. 79.6 LJS y 197.2 LGSS) y en los casos de incumplimiento de la orden de paralización de trabajos por parte de la ITSS social en los casos de riesgo grave e inminente con el fin de asegurar las prestaciones de Seguridad Social que pudieran derivarse de un AT o EP (arts. 79.6 y 152.2 LJS y 195 LGSS).

c) Suspensión de la ejecución de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social

En los procesos que versen sobre impugnación de actos de Administraciones Públicas en materia laboral y de Seguridad Social, los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la suspensión de la ejecución de dichos actos administrativos cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda (art. 79.1, párrafo 2.º y 152.1 LJS y arts. 129 a 136 LRJCA).

El juez o Tribunal previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y una vez oídas las partes por tres días, salvo que por razones de urgencia anticipe la medida sin perjuicio de la posterior audiencia de las partes, podrá acordar la medida cautelar o denegarla cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero (art. 79.1, párrafo 2.º y 152.1 LJS y art. 130 LRJCA).

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes (art. 131 LRJCA).

Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiarán las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (art. 132 LRJCA).

d) Alzamiento, mantenimiento o adopción de la paralización de trabajo por riesgo grave e inminente

Los trabajadores afectados, su representación unitaria y sindical y el empresario interesado, podrán solicitar al juez o Tribunal el alzamiento, mantenimiento o adopción de la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud, decretada mediante resolución de la autoridad laboral como consecuencia de la orden de paralización de la ITSS (arts. 79.6 y 152.2 LJS).

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes se citará a los trabajadores afectados o a sus representantes a una audiencia preliminar, al tiempo que el juez o Tribunal requiere a la ITSS para que aporte, dentro de ese mismo plazo, las actuaciones que hubiera realizado y, caso de ser necesario, la presencia en la audiencia del funcionario que hubiera ordenado la paralización, así como de los técnicos que le hubiesen asistido (arts. 79.6 y 152.2 LJS).

El juez o Tribunal, previa ponderación de las circunstancias del caso, ordenará la medida cautelar o en su caso la denegará.

e) Suspensión de la relación laboral o la exoneración de la prestación de servicios, traslado de puesto o centro de trabajo, reducción o reordenación del tiempo de trabajo

Estas medidas cautelares se podrán solicitar en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato a instancia del trabajador cuando se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, vulnera derechos fundamentales o libertades públicas o produce consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación de servicios (arts. 79.7 y 180.4 LJS).

En el supuesto en que el juez o Tribunal ordene cualquiera de esas medidas cautelares, el empresario estará obligado a seguir cotizando y a abonar los salarios al trabajador, sin perjuicio de lo que pueda resolver en la sentencia (art. 79.7 LJS).

2. INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO LABORAL

El proceso laboral se inicia una vez que han concluido sin éxito los actos de evitación del proceso. Con el acto formal de la presentación de la demanda se inicia el proceso y a partir de ese momento se suceden una serie de actos procesales (alegaciones de las partes, práctica de pruebas) hasta su conclusión que se denominan desarrollo del proceso.

A) Inicio del proceso: la demanda

Con el escrito de demanda se inicia formalmente el proceso laboral. En este escrito, iniciado a instancia de una de las partes —demandante— frente a otra —demandado—, debe contenerse además de la petición del inicio del proceso la pretensión objeto del mismo (STS 16-3-1999), que como se ha dicho, puede ser declarativa, constitutiva o de condena.

a) Requisitos de la demanda

La regulación de la demanda no es excesivamente formalista debido al principio de oralidad que inspiran las actuaciones en el proceso laboral. No obstante, se ha de presentar por escrito, en castellano o en la lengua oficial de las CCAA donde tengan lugar las actuaciones (art. 142 LEC). En el caso de presentarse en otra lengua, distinta del castellano o de la Comunidad Autónoma será obligatoria su traducción oficial (art. 144 LEC). Además la demanda laboral deberá reunir los siguientes requisitos generales (art. 80.1 LJS):

- La designación del órgano ante quien se presente. Esta designación siempre es genérica, dado que su concreción se realiza una vez que la demanda ha sido repartida por el Decanato. A partir de ese momento, todos los escritos posteriores deberán dirigirse al Juzgado o Tribunal que conoce del asunto.
- Expresión de la modalidad procesal a través de la cual se entiende que deba enjuiciarse la pretensión. Este requisito no estaba previsto en la extinta LPL y ha sido introducido por la LJS.
- La designación del demandante, con expresión del nombre, apellidos, domicilio número del documento nacional de identidad o del número y tipo de documento de identificación de los ciudadanos extranjeros, así como de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y la denominación social de las personas jurídicas.
- La designación de la parte demandada con la expresión del nombre, apellidos y número del documento nacional de identidad en el caso de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas y su domicilio y además, deben hacerse constar aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso con identificación de sus nombre y apellidos de las

personas físicas. Si la demanda se dirige contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad jurídica, además de identificarlos suficientemente, habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes, y sus domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial, entidad o grupo y de sus gestores e integrantes. La consignación errónea del domicilio de la parte demandada puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones para evitar la indefensión (STS 31-1-2000).

- La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquéllas. Tampoco durante el acto del juicio podrán invocarse otros hechos distintos a los alegados en la demanda, dado que ello supondría una variación sustancial de la misma (STS 5-12-1996).
- La súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada (declarativa, constitutiva o de condena). Las peticiones deben ser claras y precisas (STS 15-7-1996), en las de condena debe especificarse el importe de la cantidad líquida reclamada (STS 24-3-1971) y en las acciones declarativas deben tener un contenido propio y específico y no meramente preventivo o cautelar (STS 27-3-1992 y 30-1-2006).
- Si el demandante litigase por sí mismo designará un domicilio en la localidad donde resida el juzgado o tribunal, en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con él, indicando todos los datos de identificación del domicilio facilitado, así como número de fax, teléfono y dirección electrónica si dispone de ellos, para la práctica de toda clase de comunicaciones por dichos medios. También se pueden designar los domicilios de los despachos profesionales de los abogados, procuradores o graduados sociales habilitados, en cuyo caso la demanda debe estar suscrita por el profesional, que se entenderá que asume la representación con plenas facultades procesales, debiendo facilitar los mismos datos de identificación, sin perjuicio de la ratificación posterior en juicio salvo que con anterioridad otorgue poder en forma, por alguno de los medios admitidos en derecho.
- Fecha y firma. La fecha de la demanda tiene un valor relativo ya que la relevante es la de su fecha de presentación (art. 46.1 LJS) y la ausencia de firma determina la inautenticidad del documento, aunque es susceptible de subsanación incluso durante el juicio oral (STS 4-7-1988).
- También se pueden hacer peticiones accesorias mediante «otrosí», tales como acudir a los actos de juicio asistido por abogado o graduado social, o solicitud de pruebas, citaciones o requerimientos.

b) Presentación de la demanda

El actor deberá presentar tantas copias de la demanda y documentos que la acompañen como demandados y demás interesados haya en el proceso, así como para el Ministerio fiscal, en los casos en que legalmente deba intervenir (art. 80.2 LJS). Entre los documentos que deben acompañarse a la demanda se pueden citar los justificantes de haber intentado la previa conciliación o mediación, o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiesen celebrado, o del agotamiento de la vía administrativa, cuando proceda, o alegación de no ser necesaria éstas, así como los restantes documentos de aportación preceptiva con la demanda según la modalidad procesal aplicable (art. 80.3 LJS); el apoderamiento en caso de actuar mediante representante y el poder otorgado en caso de ser más de diez demandantes (art. 19.2 LJS).

La demanda deberá presentarse en el tiempo, lugar y forma ya expuesto en el capítulo anterior al hablar del régimen de los actos en el proceso laboral.

c) Admisión de la demanda a trámite

La presentación de la demanda implica el inicio del proceso laboral, pero dicha presentación por sí misma no es suficiente, ya que se exige una previa declaración del secretario judicial admitiéndola a trámite, por tanto, corresponderá valorar en la instancia la suficiencia del contenido de la demanda (STS 15-4-1992), prescindiendo de formalismos enervantes (STC 79/1985). Para realizar dicha admisión a trámite el secretario judicial debe hacer dos comprobaciones: si el litigio es de la competencia material y funcional del juzgado o tribunal y en segundo lugar, si la demanda reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 80.1 LJS y si se acompañan a la demanda todos los documentos exigibles.

En el supuesto de que el secretario judicial considere que se cumplen satisfactoriamente las dos referidas comprobaciones dictará Decreto ordenando la admisión a trámite de la demanda (art. 206.2 LEC).

Si el secretario judicial considera que el objeto del litigio no es de la competencia material o funcional del Juzgado o Tribunal, dará cuenta mediante diligencia de constancia al órgano judicial y se comunicará a las partes, en un plazo de tres días, para que puedan presentar alegaciones. El juez o Tribunal resolverá mediante auto sobre la admisión o no admisión de la demanda. Contra el auto de inadmisión no cabe recurso alguno.

Por último, si el secretario judicial estima que la demanda no reúne los requisitos exigidos o no se acompañan los documentos exigibles, abrirá la fase de subsanación de la demanda con el fin de no demorar el proceso por cuestiones estrictamente formales, teniendo en cuenta que el trámite de admisión de la demanda debe garantizar que los derechos e intereses legítimos en ella deducidos no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de los defectos que pudieran imputárseles (STC 130/1998).

d) Subsanación de defectos

El secretario judicial advertirá al demandante los defectos u omisiones de carácter formal en que haya podido incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de tres días (art. 81.1 LJS). La LJS ha establecido el plazo de tres días en lugar de cuatro que preveía la LPL para adaptarse a la reforma procesal aprobada en 2009, además de unificar la normativa respecto a la subsanabilidad de defectos de la demanda. Los defectos u omisiones han de ser estrictamente formales no extendiéndose el control del secretario judicial al examen de los presupuestos procesales (STC 84/1997) ni a la fundamentación material de la demanda (STS 15-12-1994).

Asimismo, el secretario judicial comprobará si se acompañan a la demanda la certificación del acto de conciliación o mediación previa, o de la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación, de no haberse celebrado en plazo legal, advirtiéndole en caso negativo al demandante para que acredite la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso contrario, quedando sin efecto el plazo señalado (art. 81.3 LJS). Este plazo de subsanación no lo es para la simple acreditación formal del requisito en plazo, sino también para que la realización en dicho plazo del acto omitido (STC 199/2001).

En el supuesto de que el demandante subsane los defectos de la demanda el secretario judicial dentro de los tres días siguientes la admitirá a trámite. En caso contrario, dará cuenta al juez o Tribunal para que por el mismo se resuelva, dentro de los tres días siguientes, sobre su inadmisibilidad (art. 81.2 LJS), decretando, en su caso, el archivo. Esta decisión de archivo de la demanda no viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al resultar coherente con el principio de celeridad que inspira el proceso laboral (SSTC 25/1991 y 335/1994).

e) Acumulación de acciones y de procesos

Mediante la acumulación de acciones y de procesos se persigue evitar una repetición innecesaria de actuaciones procesales, que entrarían en contradicción con los principios de celeridad y de economía procesal que rigen el proceso laboral. La LJS ha introducido importantes novedades en esta materia, todas ellas tendentes a garantizar una mayor coherencia en la respuesta judicial, eficiencia y agilidad en la resolución de los litigios que se plantean ante la jurisdicción social, particularmente en los procesos derivados de AT y otros relacionados entre sí, como las distintas impugnaciones de un mismo acto o resolución, o la impugnación de distintos actos empresariales coetáneos con significación extintiva, al igual que el planteamiento y resolución conjunta de las acciones de despido y de salarios pendientes de abono en ese momento, salvo cuando se comprometa la prioritaria resolución sobre el despido.

a') Acumulación de acciones

La acumulación de acciones consiste en que en una misma demanda pueda el demandante formular todas las pretensiones, aunque procedan de diferentes títulos, contra un mismo demandado siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo juzgado o Tribunal (art. 25.1 LJS). También podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir, entendiendo que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos (art. 25.3 LJS).

La acumulación de acciones es una facultad que tiene la parte actora (STS 20-10-1998) por lo que no es obligatoria. Estas acciones acumuladas han de ser competencia de la jurisdicción social y se han de formular en la demanda, antes de los actos de conciliación y juicio, salvo cuando el demandado las proponga por vía de reconvención (art. 34.1 LJS).

La LJS ha introducido importantes novedades respecto a la acumulación de acciones con el fin de garantizar una mayor eficiencia y agilidad en la resolución de los litigios que se planteen ante la jurisdicción social. Así, en reclamaciones sobre AT y EP se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimientos de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado, en cuyo caso solamente podrán acumularse las impugnaciones referidas a un mismo procedimiento (art. 25.4 LJS). Por otra parte, en demandas derivadas del mismo AT o EP, cuando exista más de un Juzgado o Sección de la misma Sala y Tribunal, en el momento de su presentación se repartirán al Juzgado o Sección que conociera o hubiere conocido del primero de dichos procesos, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda (art. 25.5 LJS).

Asimismo, la LJS ha previsto otro supuesto de acumulación de acciones respecto de las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto o resolución administrativa, así como las que se refieran a varios actos o resoluciones administrativas cuando exista entre ellos conexión directa (art. 25.6 LJS) y prevé, también, que cuando el acto administrativo impugnado afecte a una pluralidad de destinatarios, de existir más de un Juzgado o Sección de la misma Sala y Tribunal, las demandas o recursos ulteriores relativas a dicho acto se repartirán al Juzgado o Sección que estuviere conociendo o hubiere conocido del primero de dichos procesos, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda (art. 25.7 LJS).

No obstante, existen una serie de excepciones a la regla general de la acumulación de acciones, de tal manera que no cabe la acumulación en las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las que versen sobre materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación,

las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 26.1 LJS). Tampoco serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir, como por ejemplo una demanda de invalidez por AT y la misma solicitud por enfermedad común (STS 6-6-1994), y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 26.6 LJS).

La LJS regula unos supuestos especiales de acumulación de acciones:

- El ejercicio de las acciones de las modalidades procesales anteriores son acumulables a la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas (art. 26.2 LJS).
- Acciones de despido y acciones de extinción del contrato son acumulables siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido en la modalidad procesal de despido (art. 26.3 LJS).
- Acciones de extinción del contrato por voluntad del trabajador como consecuencia del impago de salarios son acumulables con la reclamación salarial (art. 26.3 LJS).
- Acciones de despido son acumulables a las acciones de reclamación de cantidad hasta la fecha de despido, salvo que, debido a la complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso de despido, el juez, acto seguido a la celebración del juicio, disponga que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad (art. 26.3 LJS).
- Acciones de reclamación de clasificación profesional son acumulables a las acciones de reclamación salarial por las diferencias retributivas (art. 26.4 LJS).
- Acciones de despido por considerar el trabajador económicamente dependiente que su relación es laboral son acumulables con la acción contra la decisión del cliente de extinguir su contrato de trabajador económicamente dependiente y viceversa (art. 26.5 LJS).

La acumulación objetiva o subjetiva de acciones será verificada por el secretario judicial al objeto de comprobar que concurren los requisitos exigidos para tal acumulación (art. 26.7 LJS). En el supuesto de que se ejercitasen acciones indebidamente acumuladas, el secretario judicial requerirá al demandante para que, en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. En caso de que no lo hiciera, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones, dará cuenta al juez o Tribunal para que éste, en su caso, acuerde el archivo de la demanda (art. 27.1 LJS). No obstante, cuando se trate de una demanda sometida a plazo de caducidad a la que indebidamente se hubiera acumulado otra acción, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por aquélla y el juez o Tribunal tendrá por no formulada la otra acción acumulada, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarla por separado (art. 27.2 LJS). Asimismo, si se hubiese acumulado indebidamente una acción por despido y otra u otras acciones sometidas igualmente a plazo de caducidad, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por despido y el juez o Tribunal tendrá por no formulada la otra u otras acciones acumuladas, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarlas por separado (art. 27.3 LJS).

b') Acumulación de procesos

La acumulación de procesos se produce en los siguientes supuestos:

- Cuando en un mismo Juzgado o Tribunal se tramitan varias demandas de distintos demandantes contra un mismo demandado en las que se ejercitan idénticas acciones o susceptibles de haber sido acumuladas en una misma demanda (art. 28.1 LJS).

- En los procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social y recargo de prestaciones e impugnación de un mismo acto administrativo, o actos de reproducción, confirmación o ejecución de otro anterior, cuando existiera conexión directa entre ellos, aunque no coincidan todas las partes ni la posición procesal que ocupen (art. 28.2 LJS).
- En los procesos que tengan su origen en un mismo accidente de AT o EP, aunque no coincidan todas las partes o su posición procesal, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimientos administrativos separados, en cuyo caso solamente se podrán acumular las impugnaciones referidas a un mismo procedimiento (art. 30.2 LJS).
- Cuando ante dos o más Juzgados de lo social de la misma circunscripción se tramitan demandas contra un mismo demandado en las que se ejercitan idénticas acciones. La petición habrá de formularse ante el Juzgado o Tribunal que conociese de la demanda que hubiera tenido entrada antes en el Registro (art. 29.1 LJS).
- Cuando ante el mismo o diferente Juzgado o Tribunal pendan procesos cuyas pretensiones estén muy conexionadas de tal manera que de tramitarse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 30.1 LJS).
- Cuando se inste un procedimiento de oficio del artículo 148 LJS y existan demandas individuales de las mismas personas afectadas por el procedimiento de oficio y además tengan la misma causa de pedir, aunque pendan en distintos Juzgados y Tribunales. Dicha acumulación a la demanda de oficio se acordará por el Juzgado o Tribunal mediante auto (art. 31 LJS, según redacción dada por el art. 21.2 LEMURMEL).
- Los procesos de extinción de contrato por voluntad del trabajador y por despido del mismo. La demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el Juzgado que conoce del asunto (art. 32.1 LJS).
- Cuando los procesos se fundamenten en acciones por las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que se considere que está en la base del conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan (art. 32.1, párrafo 2.º, LJS).
- Se acumularan en un mismo juzgado los procesos presentados por el trabajador contra las decisiones empresariales con efecto extintivo de la relación que le haya afectado, cuando exista conexión directa y en tanto no haya transcurrido el plazo legal de impugnación (art. 32.2 LJS).
- Cuando un acto administrativo afecte a una pluralidad de destinatarios, los procesos de impugnación de dichos actos se acumularán en el mismo Juzgado o Tribunal que hubiere conocido de la primera impugnación (art. 32.3 LJS, según redacción dada por el art. 21.Tres LEMURMEL).

B) Desarrollo del proceso: conciliación judicial, juicio oral y diligencias finales

Una vez admitida la demanda, el secretario judicial señalará el día y hora en que hayan de tener sucesivamente los actos de conciliación y juicio, debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos (art. 82.1 LJS), excepcionalmente cuando la representación y defensa en juicio sea atribuida a la Abogacía del Estado, a los letrados de la Seguridad Social, letrados de las CCAA y letrado de las Cortes Generales el plazo será de veintidós días al objeto de que puedan

consultar a sus respectivas Direcciones Generales (art. 82.5 LJS). El secretario judicial juntamente con la citación en forma, entregará a los demandados, interesados y al Ministerio fiscal, si procede, una copia de la demanda y demás documentos, asimismo requerirá de la Administración Pública la remisión del expediente administrativo, cuando proceda, dentro de los diez días siguientes a la notificación (art. 82.2 LJS). En la citación debe hacerse constar que los actos de conciliación y juicio no podrán suspenderse por incomparecencia del demandado, así como que los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba que intenten valerse y que podrán formalizar conciliación en evitación del juicio, por medio de comparecencia ante la oficina judicial, sin esperar a la fecha de señalamiento así como someter la cuestión litigiosa a los procedimientos de mediación (art. 82.3 LJS).

a) Conciliación judicial

Inmediatamente antes de comenzar el juicio oral y en audiencia pública, la LJS prevé un último intento de finalización del proceso con el acuerdo entre las partes. Esta conciliación judicial se intentará ante el secretario judicial, el cual advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles (art. 84.1 LJS). En el supuesto de que la parte actora no compareciese ni alegase causa justa que motive la suspensión del acto de conciliación el secretario judicial le tendrá desistido de su demanda (art. 83.2 LJS), por el contrario, la incomparecencia injustificada del demandado no impedirá la celebración de los actos de conciliación y juicio (art. 83.3 LJS).

Si el intento de conciliación judicial termina con avenencia, el secretario judicial dictará un decreto aprobando lo acordado y el consiguiente archivo de las actuaciones (art. 84.1 LJS). Este acuerdo tiene valor y efectos de cosa juzgada (STS 31-1-1979; 8-6-1981; 9-10-1989).No obstante, si el secretario judicial estimare que lo acordado por las partes pudiera ser constitutivo de lesión grave para alguna de ellas, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo, advirtiendo a las partes que deben comparecer al acto de juicio (art. 84.2 LJS).

Una vez iniciado el juicio, al no existir avenencia ante el secretario, si se alcanzase un acuerdo será aprobado por el juez o Tribunal y sólo cabrá la intervención del secretario judicial aprobando un acuerdo entre las partes si el acto del juicio se suspende por cualquier causa (art. 84.3 LJS).

De la realización del acto de conciliación se extenderá la correspondiente acta (art. 84.4 LJS) y el incumplimiento de lo pactado en conciliación judicial se podrá tramitar por lo previsto para la ejecución de sentencias (art. 84.5 LJS). La validez de los acuerdos alcanzados en conciliación se podrá impugnar ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda, tanto por las partes (STS 7-11-1997) como por terceros perjudicados por el mismo, como es el caso del FGS, caducando la acción a los treinta días a contar desde la fecha de su celebración o desde la fecha en que los posibles perjudicados conocieran el acuerdo. Las partes podrán ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos y los posibles terceros perjudicados podrán impugnarla por motivos de ilegalidad o lesividad (art. 84.6 LJS).

b) El juicio oral: fases

Una vez efectuada la conciliación judicial sin que exista avenencia, se pasa sin solución de continuidad al juicio oral y se da cuenta por parte del secretario de lo actuado (art. 85.1 LJS). El juicio oral está integrado por un conjunto de actos procesales que son de derecho necesario e indisponible por las partes (STS 27-7-1989) y se compone de las siguientes fases:

a') Fase de alegaciones

El juicio oral comienza con la denominada fase de alegaciones. En primer lugar el demandante ratificará o ampliará su demanda aunque no podrá hacer en ella variaciones sustanciales (art. 85.1, *in fine*, LJS),

considerándose como tales, aquellas variaciones que pueden provocar indefensión para el demandado, ya sean en el *petitum* o en los hechos (STS 9-11-1989).

A continuación, el demandado contestará la demanda afirmando o negando los hechos contenidos en la misma, pudiendo alegar cuantas excepciones estime procedentes (art. 85.2 LJS). Las excepciones alegadas pueden ser procesales o materiales. Entre las primeras se pueden señalar la incompetencia del órgano judicial, la indeterminación de las partes, la falta de legitimación activa o pasiva, la litispendencia, la cosa juzgada, la falta de conciliación o reclamación administrativa previa, la inadecuación de procedimiento y la falta de los requisitos legales de la demanda. Si se alegan excepciones procesales es preceptivo que el demandante pueda contestar a las mismas (art. 85.2 LPL). Las excepciones materiales consisten en la alegación de hechos nuevos que desvirtúan los alegados por la parte actora. La estimación de las excepciones procesales da lugar a una sentencia absolutoria en instancia meramente procesal, dado que el juez o Tribunal no entra a conocer el fondo del asunto, pudiéndose incoar un nuevo proceso con el mismo fondo. La estimación de las excepciones materiales conlleva una sentencia absolutoria para el demandado.

El demandado, además de contestar a la demanda afirmando o negando los hechos de la misma, tiene otras opciones: el allanamiento y la reconvención. El allanamiento implica la aceptación total o parcial de la demanda, por lo que no hay oposición a la pretensión del actor, aunque el allanamiento no alcanza a sus eventuales litisconsortes (STS 29-1-1985) ni vincula al juzgador (STS 30-6-1975). Ello no impide que el juez tenga que dictar sentencia estimatoria o condenatoria (art. 21 LEC), salvo que de oficio aprecie que la decisión del demandado tiene como finalidad perjudicar a otros colitigantes o a terceros (STS 29-1-1985). La reconvención consiste en la interposición por el demandado de una pretensión contra el demandante en el mismo juzgado y proceso para que sea resuelta en la misma sentencia (STS 27-5-1997). Para poder plantear la reconvención es preciso que se hubiese anunciado en la conciliación previa o en la contestación a la reclamación previa o resolución que agote la vía administrativa y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta (art. 85.3 LJS), por lo que se excluye la reconvención implícita que no revela la presencia de una controversia (STS 24-2-1992).

b’) Fase de prueba

Esta fase del juicio tiene como finalidad el demostrar la veracidad de las alegaciones de las partes aportando al juez o Tribunal los elementos de convicción para que pueda dictar sentencia.

El objeto de la prueba se limita a los hechos controvertidos y sobre los que no haya conformidad (art. 87.1 LJS). No es necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general (art. 281.4 LEC) ni los que tengan presunción de certeza, como tampoco es exigible la prueba de hechos negativos o de difícil prueba. Por el contrario, es preciso probar las normas de los convenios colectivos no publicados en el *BOE* y el Derecho extranjero no comunitario, además habrán de probarse los usos y costumbres laborales de carácter local y profesional. Respecto a la costumbre no será necesario probarla si las partes estuviesen de acuerdo en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público (art. 281.2 LEC).

La carga de la prueba corresponde al actor o demandante o al demandado reconviniente (art. 217.2 LEC), con la única excepción de aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en que corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 96 LJS). No obstante, para la aplicación de este supuesto excepcional de inversión de la carga de la prueba el demandante deberá aportar indicios sobre la discriminación por lo que no está exonerado de toda la carga de la prueba (SSTC 136/2001, 142/2001 y 17/2003).

Los medios de prueba de que pueden valerse las partes se encuentran regulados en la ley (art. 90.1 LJS). La LJS contempla diversos tipos de pruebas: interrogatorio de parte (art. 91 LJS); la prueba de interrogatorio de testigos (art. 92 LJS); la prueba pericial (art. 93 LJS); la prueba documental (art. 94 LJS);

informe de expertos (art. 95 LJS) y los medios de reproducción de palabras, de la imagen y del sonido (art. 90.1 LJS).

Las partes podrán solicitar, con al menos cinco días de antelación a la fecha del juicio, las pruebas que habiendo de practicarse en el mismo requieran diligencias de citación o requerimiento (art. 90.3 LJS). También podrán admitirse aquellas pruebas que requieran traslación del juez o Tribunal fuera del local de la audiencia, si se estimasen imprescindibles, suspendiéndose el juicio por el tiempo estrictamente necesario (art. 87.1 LJS). El órgano judicial resolverá sobre la pertinencia de las pruebas y de las preguntas que puedan formular las partes, siempre que guarden una pertinente relación con lo que es objeto del litigio (STC 51/1984) y si el interesado protestase en el acto contra la inadmisión, se consignará en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia (art. 87.2 LJS). La inadmisión de la prueba propuesta que por su relación con los hechos pueda alterar la sentencia se considera una violación a la tutela judicial efectiva (STC 119/1983). Sin embargo, no constituye menoscabo a la tutela judicial efectiva la inadmisión de pruebas realizada en aplicación de normas legales (STC 186/2000). la inadmisión de pruebas es causa de nulidad de actuaciones (STC 26-6-1978) siempre que se haya hecho la oportuna protesta (STC 4-11-1982), al igual que la falta de pronunciación del órgano judicial sobre admisión y pertinencia de las pruebas (STC 19-9-1981).

La práctica de la prueba se realizará en unidad de acto, publicidad e intermediación, debiendo ser el juez o tribunal que presenció la práctica de la prueba el que dicte la sentencia (art. 98 LJS). El orden de la práctica de la prueba será el siguiente: interrogatorio de las partes, testigos, peritos, reconocimiento judicial cuando haya de llevarse a cabo en la misma sede del tribunal y reproducción de la palabra, el sonido o la imagen (art. 300 LEC). Una vez comenzada la práctica de una prueba admitida, si renunciase a ella la parte que la propuso, podrá el órgano judicial, sin ulterior recurso, acordar que continúe (art. 87.2 LJS). El órgano judicial podrá hacer, tanto a las partes como a los peritos y testigos, las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos. También podrán ejercitar ese mismo derecho los litigantes y defensores (art. 87.3 LJS).

Por último, la valoración de la prueba compete en exclusiva al juez o Tribunal que presidio el juicio. La libre valoración de la prueba no equivale a discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma ya que es necesaria la motivación fáctica de la sentencia (art. 120.3 CE y STC 44/1989).

c') Fase de conclusiones

Una vez practicada la prueba, las partes o sus defensores formularán oralmente sus conclusiones, interviniendo en primer lugar el demandante y después los demandados. Las conclusiones se formularán de un modo concreto y preciso, determinando de una manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda o en la reconvención, si la hubiere, las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria, o bien, en su caso, la solicitud concreta y precisa de las medidas con que puede ser satisfecha la pretensión ejercitada. Tal determinación no podrá reservarse para el trámite de ejecución de sentencias (art. 87.4 LJS).

Si el órgano judicial no se considera suficientemente ilustrado sobre las cuestiones de cualquier género objeto del debate, concederá a ambas partes el tiempo que crea conveniente, para que informen o den explicaciones sobre los particulares que les designe (art. 87.5 LJS).

Concluida la fase de conclusiones el órgano judicial declarará los autos vistos para sentencia, por lo que ya no se pueden hacer alegaciones ni proponer pruebas (STS 21-10-2002).

d') Acta del juicio

El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 89.1 LJS), constituyendo el documento electrónico así generado el acta del juicio a todos los efectos (art. 146.2 LEC). Al secretario judicial corresponde el deber de custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación, pudiendo las partes pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales (art. 89.1 LJS).

Siempre que se cuente en el órgano judicial con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen; supuesto en el cual el secretario judicial extenderá acta sucinta (art. 89.2 LJS).

En el supuesto de que no se pudieran utilizar por cualquier causa los medios tecnológicos de grabación y reproducción de sonido y de la imagen, el secretario judicial extenderá acta de cada sesión por procedimientos informáticos, salvo que éstos tampoco existan en cuyo caso podrá ser manuscrita (art. 89.5 LJS), en la que hará constar: lugar, fecha, juez o Tribunal que preside el acto, partes comparecientes, representantes y defensores que les asisten; breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la negación y protesta, en su caso; resumen de las pruebas admitidas y practicadas; conclusiones y peticiones concretas formuladas por las partes; en caso de que fueran de condena a cantidad, deberán expresarse en el acta las cantidades que fueran objeto de ella y la declaración hecha por el juez o Tribunal de conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia (art. 89.4 LJS). Si el acta del juicio está redactada en letra que resulta ilegible o de muy difícil comprensión, procederá la nulidad (STS 29-4-1986 y 3-3-1983).

c) Diligencias finales

Una vez terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes (art. 88.1 LJS). Se trata, por tanto, de un acto facultativo del juzgador (STS 5-2-1973) y de amplia discrecionalidad tanto en la valoración de la necesidad como en el tipo de prueba (STS 6-6-1973), sin que quepa recurso contra el acuerdo o denegación (STS 10-2-1975).

La diligencia final se acordará en providencia, en la que se fijará el plazo de veinte días dentro del que ha de practicarse la prueba o se señalará comparecencia para la práctica de la misma y valoración por las partes del resultado. Si no se hubiera señalado comparecencia, el resultado de la diligencia final se pondrá de manifiesto durante tres días a las partes en la oficina judicial para alegaciones sobre su alcance e importancia, salvo que pueda darse traslado por vía telemática a los mismos fines y por igual plazo (art. 88.1 LJS). Transcurrido el plazo inicial sin haberse podido llevar a efecto, el órgano judicial dictará un nuevo proveído, fijando nuevo plazo no superior a diez días para la ejecución del acuerdo, librando las comunicaciones oportunas. Si dentro de éste tampoco se hubiera podido practicar la prueba, el juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, acordará que los autos queden definitivamente conclusos para sentencia (art. 88.2 LJS). El incumplimiento de estos trámites provoca la nulidad de actuaciones (STS 27-4-1988).

En el supuesto de que la diligencia consista en el interrogatorio de parte o en pedir algún documento a una parte y ésta no comparece o no lo presenta sin causa justificada en el plazo que se haya fijado, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada (art. 88.3 LJS).

3. Terminación del proceso

El proceso laboral puede terminar de distintas formas: la más habitual es mediante sentencia, en la que el juez o Tribunal enjuicia los hechos debatidos y sus fundamentos de derecho y a la vista de ellos se decide o falla. Una variante de la anterior es la sentencia no contradictoria, a la que se llegará cuando el demandado se haya allanado a las posiciones del demandante o haya renunciado a su derecho. Y por último, el proceso laboral puede terminar sin necesidad de dictar sentencia, mediante el desistimiento y la transacción.

A) Terminación mediante sentencia

Es la forma más habitual de terminación del proceso laboral, siempre que no se haya producido su finalización por cualquier otro medio. La sentencia debe necesariamente ser pronunciada por el juez que ha conocido de la causa, bajo sanción de nulidad (STS 5-5-1973 y STC 4-12-1981 y 1-6-1982).

Las sentencias deben reunir una serie de requisitos de carácter general que supletoriamente, en ausencia de regulación por la LJS, vienen establecidos en la LEC. Así, las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes (STC 169/2013 y STS 22-1-1998) con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito (art. 218.1 LEC). Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el juzgador hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos (art. 218.3 LEC), teniendo la consideración de sentencia incongruente cuando no resuelva todos los puntos debatidos en el proceso (STS 8-11-1994 y 28-9-2004) o cuando resuelve alguno que no ha sido objeto del litigio (STS 10-12-2004). Las sentencias deberán ser, también, motivadas, lo cual quiere decir que deberán ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón (art. 218.2 LEC) a la hora de valorar los hechos y fundamentos de derecho del pleito. La LJS añade además que la motivación sea suficiente (art. 97.2, *in fine*, LJS). El incumplimiento de los requisitos expuestos vicia de nulidad la sentencia (STS 29-4-1992 y 11-12-1997).

Las sentencias deberán dictarse en el plazo de cinco días, publicándose inmediatamente y notificándose a las partes o a sus representantes dentro de los dos días siguientes (art. 97.1 LJS).

Existen distintas modalidades de sentencia: Atendiendo a la forma, la sentencia como regla general será escrita, aunque también puede ser de viva voz (art. 50.1 LJS) reflejándose su contenido en el acta del juicio. Atendiendo a la pretensión ejercitada en el proceso, las sentencias pueden ser declarativas puras, de condena y constitutivas. Atendiendo a los intereses en juego, las sentencias pueden ser individuales y colectivas. Atendiendo al fallo, las sentencias pueden ser estimatorias o desestimatorias. Atendiendo a la posibilidad de recurso, las sentencias pueden ser recurribles o firmes; y, por último, atendiendo a los aspectos que resuelven, las sentencias pueden ser procesales o materiales, las primeras no entran a conocer el fondo del asunto limitándose a las cuestiones procesales y las segundas, entran a conocer el fondo de la pretensión ejercitada.

La sentencia deberá tener la siguiente estructura: antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso; hechos probados; fundamentos de derecho y fallo (art. 97.2 LJS), el cual deberá fundamentarse suficientemente, sin conceder cosa distinta de lo pedido (STC 4371993 y 67/1993).

La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad una sanción pecuniaria que oscilará entre ciento ochenta a seis mil euros. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados (art. 97.3 LJS).

En el texto de la sentencia se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo y requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y forma de efectuarlos (art. 97.4 LJS). Las sentencias firmes tendrán los efectos de cosa juzgada y dejarán expedito el camino para su ejecución.

En las sentencias condenatorias al abono de una cantidad, el juez o Tribunal deberá determinarla expresamente, sin que pueda reservarse tal determinación para la ejecución (art. 99 LJS). Cuando se reclamen prestaciones o cantidades periódicas, la sentencia podrá incluir la condena al pago de las cantidades que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte (art. 99 LJS). En el caso de que fuese condenatoria para el empresario, éste vendrá obligado a abonar al demandante que personalmente hubiese comparecido el importe de los salarios correspondientes a los días en que se hubiesen celebrado los actos de conciliación y juicio ante el secretario judicial, juez o Tribunal y, en su caso, la conciliación previa ante el órgano correspondiente (art. 100 LJS).

B) Terminación mediante sentencia no contradictoria

a) Allanamiento

Esta forma de terminación se produce cuando el demandado se haya allanado a las posiciones del demandante. El allanamiento consiste, pues, en la manifestación del demandado de que está conforme con la petición hecha por el demandante o por lo menos en parte de ella (art. 21 LEC).

Cuando el allanamiento haya sido total, el órgano judicial deberá dictar sentencia de conformidad con lo pedido por el demandante, en virtud del principio de congruencia, salvo que aprecie fraude procesal o perjuicio a terceros o renuncia a interés general.

Cuando el allanamiento fuese parcial, el órgano judicial tendrá que dictar sentencia en la que reconocerá al demandante, por lo menos, aquello en lo que haya habido allanamiento, pronunciándose sobre el resto, con total libertad de criterio en atención a las pruebas practicadas y a los fundamentos jurídicos aplicables. Cabe la posibilidad de que a petición de parte, se separen los pronunciamientos del fallo y que se dicte un auto ejecutable, acogiendo inmediatamente las peticiones sobre las que se hubiese producido allanamiento (art. 21.2 LEC).

b) Renuncia

La renuncia es una forma de terminar el proceso laboral consistente en un acto unilateral del demandante por el que declara su voluntad de abandonar la acción ejercitada o el derecho en que se funda su pretensión (art. 20.1 LEC). El órgano judicial, en virtud del principio de congruencia, deberá dictar sentencia desestimando la pretensión y absolviendo al demandado.

La renuncia del trabajador está íntimamente ligada al principio de irrenunciabilidad de sus derechos laborales (art. 3.5 ET), aunque se entiende que no existe contradicción alguna al considerar que el trabajador en el caso de incumplimiento empresarial es libre para acudir o no a la tutela judicial como garantía de tales derechos irrenunciables.

C) Terminación sin sentencia

El proceso laboral, también, puede terminar sin necesidad de dictar sentencia mediante el desistimiento y la transacción.

a) Desistimiento

El desistimiento consiste en una declaración de voluntad del demandante por la que abandona el proceso iniciado por él sin necesidad de que se llegue a pronunciar el órgano judicial sobre la pretensión interpuesta, lo que no impide la incoación de un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto (STS 8-11-1988). Por lo tanto, el desistimiento no implica renuncia a la acción.

Existen dos clases de desistimiento: el tácito que tiene carácter unilateral y que consiste en la incomparecencia del actor al acto de conciliación o juicio sin alegar justa causa, cuando ha sido citado en forma. En estos casos se le considera desistido de la demanda (art. 83.2 LJS). El desistimiento, también, puede ser expreso, consistiendo en una declaración de voluntad, sea oral o por escrito, realizada en cualquier momento a partir de la presentación de la demanda y antes de que se dicte sentencia. Si el desistimiento se realiza antes de la citación al demandado no hace falta la conformidad del mismo (art. 20.2 LEC). Si, por el contrario, el desistimiento se produce una vez citado el demandado, deberá ser oído éste antes de tener por desistido al actor (art. 20.3 LEC).

b) Transacción

La transacción consiste en el acuerdo de las partes en el que a través de concesiones recíprocas ponen fin al proceso sin necesidad de que por parte del órgano judicial haya de dictarse sentencia, aun cuando el juzgador debe recoger los términos del acuerdo transaccional en un Auto (art. 19.2 LEC). Este Auto constituye el título ejecutivo para el caso de que una de las partes incumpliera lo pactado, debiendo seguirse los mismos trámites que para la ejecución de sentencias.

La transacción no produce los efectos de cosa juzgada y el acuerdo podrá ser impugnado por las mismas causas que invalidan los contratos.

II. REGULACIÓN ESPECIAL: EL PROCESO MONITORIO

Este proceso ha sido introducido por la LJS a semejanza del previsto en la LEC. Se encuentra regulado en el artículo 101 LJS y por su ubicación en el texto legal aparece concebido como una especialidad dentro del proceso ordinario.

El proceso monitorio tiene como finalidad el facilitar un cauce procesal rápido y eficaz del crédito dinerario líquido de los trabajadores para evitar juicios innecesarios, especialmente la fase declarativa, de tal manera que un decreto del secretario judicial constituya el titulo ejecutivo. En todo caso, se trata de un proceso voluntario que puede utilizarse o no a conveniencia de parte.

1. Objeto y legitimación

A) Objeto del proceso

El objeto del proceso monitorio son las reclamaciones de cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada planteadas por los trabajadores frente a sus empresarios, derivadas de su relación laboral y que no excedan de 6000 euros (art. 101, primer párrafo LJS). Además se exige el requisito formal de que el empresario pueda ser localizado sin necesidad de recurrir a la citación por medio de edictos.

De este proceso se excluyen las reclamaciones contra empresarios en situación de concurso y las reclamaciones de carácter colectivo que se pudieran formular por la representación de los trabajadores, así como las que se interpongan contra las Entidades Gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social (art. 101, primer párrafo LJS).

B) Legitimación

Están legitimados activamente para formular este proceso los trabajadores.

Por su parte, están legitimados pasivamente los empresarios que no se encuentren en situación de concurso, ya que si estuvieran incursos la competencia para conocer de las deudas salariales correspondería al juez del concurso, conforme al procedimiento establecido en la Ley Concursal.

2. Desarrollo

A) Solicitud

El proceso monitorio comenzará por la petición inicial del trabajador, que podrá realizarse por medios informáticos o en el formulario que se le facilite al efecto, en la que se harán constar los siguientes requisitos (art. 101. a) LJS):

- Identidad completa del empresario deudor, con sus datos de identificación fiscal, domicilio completo y demás datos de localización por medios informáticos y telefónicos.
- Identidad completa del demandante.
- Detalle y desglose de los concretos conceptos, cuantías y períodos reclamados.

A la petición inicial deberá acompañarse copia del contrato, recibos de salarios, comunicación empresarial o reconocimiento de deuda, así como la documentación justificativa de haber intentado la conciliación previa o mediación cuando sean exigibles.

B) Admisión a trámite

El trámite de admisión corresponde al secretario judicial, el cual procederá a comprobar si la petición inicial reúne los requisitos expuestos anteriormente.

En el caso de que la petición inicial no reúna los requisitos exigidos se concederá un plazo de subsanación de cuatro días, salvo que los defectos sean insubsanables. Si no se subsanan o si son insubsanables, el secretario dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión o inadmisión de la petición (art. 101. b) LJS).

C) Requerimiento de pago

En el caso de que la petición inicial sea admitida el secretario judicial requerirá al empresario, nunca por edictos, para que en el plazo de diez días pague al trabajador, acreditándolo ante el Juzgado o comparezca ante éste para presentar su oposición al escrito, apercibiéndole de que en caso de no adoptar ninguna de las dos medidas se despachará ejecución contra él (art. 101. b), segundo párrafo LJS).

Este requerimiento será notificado al FGS, en igual plazo ampliable por otros diez días más, si manifestase la necesidad de efectuar averiguaciones sobre los hechos de la solicitud o sobre la solvencia del empresario (art. 101. b), tercer párrafo, LJS).

En el supuesto de que no fuera posible notificar el requerimiento de pago se procederá a dar traslado al trabajador para que presente demanda dentro de los cuatro días siguientes a la notificación (art. 101.f) LJS).

3. Terminación

El proceso monitorio puede terminar de tres formas distintas:

A) Pago al acreedor y archivo de las actuaciones

El empresario, una vez recibido el requerimiento de pago, abona al trabajador en el plazo de diez días el importe total de las cantidades adeudadas, con lo cual se archiva el proceso (art. 101. c) LJS).

B) Impago y despacho de ejecución

En el supuesto de que el empresario deudor no abone las cantidades adeudadas ni presente escrito de oposición al requerimiento de pago, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al trabajador para que inste el despacho de la ejecución, bastando la mera solicitud. Contra el auto de despacho de la ejecución puede interponerse recurso de reposición (art. 239.4 LJS), sin embargo, contra el auto que resuelve dicho recurso ya no cabe recurso de suplicación (art. 101. c) LJS).

El auto de despacho de ejecución servirá de título bastante a los fines de la garantía salarial, pero no tiene eficacia de cosa juzgada (art. 101. d) LJS).

C) Oposición del deudor

En el caso de que el empresario deudor, dentro del plazo de los diez días dados por el requerimiento de pago, presentase escrito de oposición en forma motivada, se dará traslado a la parte actora, que podrá en los cuatro días siguientes presentar, ante el Juzgado de lo Social, demanda, en cuyo caso se procederá al señalamiento de los actos de conciliación y juicio. En caso de presentarla se sobreseerán las actuaciones (art. 101. e) LJS).

Si el empresario deudor formulase oposición en cuanto a parte de la cantidad reclamada, el demandado podrá solicitar del juzgado que se dicte auto acogiendo la reclamación en cuanto a las cantidades reconocidas o no impugnadas. Este auto servirá de título de ejecución que el demandante podrá solicitar mediante simple escrito sin necesidad de esperar a la resolución que recaiga respecto de las cantidades controvertidas (art. 101. g) LJS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Regulación general

Aleman Cano, J.: *Temas teóricos prácticos del proceso laboral: (adaptados a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, reformada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del mercado Laboral).* Albacete. 2012.

Alfonso Mellado, C.L.: *La nueva regulación del proceso laboral.* Valencia, 2011.

Folguera Crespo, J.A.: «Una reforma integral que respeta lo esencial del proceso laboral». *Diario la Ley* nº 7744/2011

— «La nueva Ley de Jurisdicción Social». *Diario La Ley* nº 7744/2011.

Garberí Llobregat, J.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.* Navarra 2011.

Lousada Arochena, J.F.: «La ley de Jurisdicción Social: una primera aproximación». *AL* nº 21-22/2011.

1. Actos preparatorios y medidas cautelares

Aguilar Ruiz, L.: «Principales aspectos de la regulación del embargo preventivo de bienes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 8/2002.

Blasco Pellicer, A.: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *AS*, n.º 7/2001.

— *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Pamplona, 1996.

Fabregat Monfort, G.: «Calificación del despido motivado por actos preparatorios de las elecciones sindicales en la empresa», *AS*, n.º 3/2001.

Guillén Olcina, J. J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», *AS*, n.º 10/2012.

Lorca Navarrete, A. M.: «La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuciamiento Civil. Una regulación inconstitucional», *Diario La Ley*, tomo 6, 2000.

Marín Correa, J. M.: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas precautorias y la ejecución provisional de sentencias en la Ley de Procedimiento Laboral», *RMTAS*, n.º 28/2001.

Nicolás Franco, A.: «Actos preparatorios, procedimiento de tutela de la libertad sindical y competencia jurisdiccional», *AS*, vol. III, 2000.

Pedrajas Moreno, A: «Las diligencias preliminares, pruebas anticipadas y medidas cautelares de la ley de Enjuiciamiento Civil», *RL*, n.º 12/2001.

Pérez Benitez, J. J.: «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada», *Diario La Ley*, n.º 6.598/2006.

Sánchez-Minguillón, R.: «Cuatro cuestiones críticas: actos preparatorios, pruebas, temeridad y suplicación», *AS*, n.º 10/2012.

2. Inicio y desarrollo del proceso

Alemán Cano, J.: «La acumulación en el proceso laboral: Observaciones críticas», *Diario La Ley*, n.º 7.263.

— *Estructura del proceso laboral*, Valencia, 2008.

Alemán Páez, F.: «El proceso de trabajo tras la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social: desde la centralidad procesal absorbente a los riesgos de una justicia defensiva». *RL 1172013*.

Bejarano Hernández, A.: «Excepciones procesales y subsanación de defectos», *RL*, tomo 1, 1995.

Casajuana Palet, M. P.: «La demanda laboral como forma de acceder al proceso: subsanación de defectos. Análisis jurisprudencial», *AL*, tomo I, 2000.

Chocrón Giráldez, A. M.: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, Murcia, 2004.

Gárate Castro, F. J.: «Proceso laboral y reproducción como medio de prueba de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 63/2004.

García Fernández, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *REDT*, 1983.

García Gil, B.: «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión de la demanda por no presentar la certificación del acta de conciliación en el plazo otorgado para subsanar la omisión», *AS*, n.º 15/2004.

García-Perrote Escartín, I.: «La prueba en el proceso laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *RL*, n.º 12/2001.

García Quiñones, J. C.: *La conciliación judicial en el proceso laboral*, Valencia, 2007.

Gorelli Hernández, J.: «La carga de la prueba y la tutela del trabajador», *RL*, n.º 20/2009.

Iglesias Cabero, M.: «Proceso laboral. Archivo de la demanda cuando pese al requerimiento del juzgado el demandante no acredita la conciliación previa», *AL*, n.º 21/2006.

López García de la Riva, J.: «La demanda laboral», *RL*, n.º 1/2007.

Mella Méndez, L.: *La reconvención en el proceso laboral*, Albacete, 2007.

Molero Manglano, C.: *La demanda laboral*, Pamplona, 2006.

Montero Aroca, J.: «Particularidades de la prueba en el proceso laboral: procedimiento, objeto y medios. Especial referencia a la prueba documental», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 23/1997.

Ortega Pinto, L. T.: «Modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en la admisión de la demanda, la conciliación procesal y la documentación del juicio en el proceso laboral», *Diario La Ley*, n.º 7.394/2010.

Rubio de Medina, M. D.: «El proceso laboral ordinario», *Biblioteca on line Bosch*. <http//www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

Segalés Fidalgo, J.: *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Granada, 2002.

Sospedra Navas, F. J. (coord.): *Proceso laboral.* Tomo I: *Cuestiones generales, el proceso ordinario, los medios de impugnación*, Pamplona, 2010.

Trujillo Villanueva, F.: «La reconvención en el proceso laboral ordinario», *RL*, tomo 1, 1994.

Valle Muñoz, F. A.: *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Pamplona, 1998.

— *La prejudicialidad penal en el proceso de trabajo*, Valencia, 2008.

— *Las diligencias finales en el proceso laboral. Valencia, 2014.*

Zumalacárregui Pita, L.: «Modificaciones operadas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en materia de conciliación y actos de juicio. Las diferentes modalidades procesales tras la nueva Ley». *Diario La Ley* nº 7744/2011

3. *Terminación del proceso*

Alarcón Castellanos, M. M.: «La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo», *AS*, n.º 9/2005.

Arufe Varela, A.: «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de procedimiento laboral: una reforma inaplazable», *AL*, n.º 16/2005.

Cordón Moreno, F.: *Comentario al artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Allanamiento*, Pamplona, 2001.

Fernández-Lomana García, M.: «¿Es idónea a efectos de contradicción una sentencia afectada por una transacción homologada por el Tribunal Suprema? (STS de 23 de octubre de 2008)», *Diario La Ley*, n.º 7.100/2009.

Díez Núñez, J. J.: «Criterios de imposición de costas procesales en los casos de allanamiento del demandado (art. 395 LEC)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 726/2008.

— «Controversia en materia de costas en los casos de desistimiento del demandante (análisis del artículo 396 LEC)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 764/2008.

Doig Díaz, Y.: *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, Madrid, 2008.

Herrero Perezagua, J. F.: *Comentario al artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Condena en costas en caso de allanamiento*, Pamplona, 2001.

Luján Alcaraz, J.: «¿Despido improcedente o desistimiento?», *AS*, n.º 3/2003.

Plaza Golvano, S.: *Las costas en el proceso laboral*, Valencia, 2010.

Romero Sánchez, I.: «Voluntad, transacción y renuncia de derechos. El valor liberatorio y extintivo del recibo de saldo y finiquito», *RL*, n.º 3/2009.

Valle Muñoz, F. A.: *El desistimiento en el proceso laboral*, Albacete, 2008.

— *La multa por temeridad y mala fe en el proceso laboral*, Albacete, 2004.

— *Las disposiciones finales en el proceso laboral.* Valencia 2014.

Zarzalejos Nieto, J. M.: «Desistimiento presunto del actor por retraso en asistir a la vista oral», *REDT*, n.º 74/1995.

II. Regulación especial: el proceso monitorio

Correa del Caso, J.P.: *El proceso monitorio europeo.* Madrid 2008.

Chocrón Giráldez, A.M.: «El proceso monitorio laboral». *RL* nº 1/2013.

Lahuerta Bellid, M.I.: «La oposición al requerimiento en el proceso monitorio». *Diario La Ley* nº 8236/2014.

López Sánchez, J.: «Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social». *Diario La Ley* nº 6865/2008.

Lluis i Navas, J.: *Estudios sobre el procedimiento laboral: el procedimiento monitorio y el de oficio.* Barcelona. 2013.

Martín Jiménez, C.M.: *Teoría y práctica del proceso monitorio: comentarios y formularios.* Valladolid 2011.

Preciado Domenech, C.H.: «El nuevo procedimiento monitorio laboral». *RDA* nº 11/2012.

CAPÍTULO 26:
MODALIDADES PROCESALES

En el capítulo anterior se estudia el proceso laboral ordinario, cuya finalidad es resolver la generalidad de las pretensiones jurídico-laborales. Sin embargo, aunque el proceso laboral es único, existen una serie de modalidades procesales en terminología de la LJS que se estudiarán en este capítulo, y que se caracterizan por tener peculiaridades frente al proceso ordinario. Estas peculiaridades pueden ser debidas a la forma de iniciarse el proceso, a los trámites de evitación del proceso, a la tramitación del juicio, a la sentencia o a varias de las circunstancias anteriores.

Con independencia de la denominación que el actor haya dado al proceso, lo determinante para seguir la tramitación del proceso ordinario o de una modalidad procesal será la pretensión que se ejercite en la demanda, correspondiendo a los órganos judiciales el encauzar la pretensión dentro de la modalidad oportuna, aunque ello no suponga discrecionalidad para el órgano judicial a la hora de imponer una determinada modalidad procesal en el supuesto de que el actor haya elegido la forma procesal adecuada.

En el presente capítulo se estudiará la caracterización de las distintas modalidades procesales agrupadas en función de su carácter individual, colectivo o mixto y dentro de cada una de ellas se abordará su objeto y sus especialidades procesales en cuanto a su legitimación, plazos para la interposición de la demanda, carga de la prueba, fases de juicio, sentencia y recurso contra la misma.

I. MODALIDADES PROCESALES EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

1. Fundamento

El proceso laboral es un proceso único, aunque se establezcan especialidades según la materia objeto de la pretensión. Estas especialidades respecto al proceso ordinario es lo que la LJS denomina modalidades procesales.

El fundamento de las modalidades procesales radica en las características propias de la acción ejercitada, en la clase o ámbito del conflicto, en los sujetos legitimados o en la tramitación procesal, especialmente en lo que hace referencia al orden de intervención de las partes y de la prueba.

2. Clases

Las distintas modalidades procesales se encuentran reguladas en el Título II Libro II de la LJS, concretamente en los artículos 102 a 184.

Debido al carácter único del proceso laboral, ninguna modalidad procesal tiene una regulación completa en la LJS, limitándose a establecer las peculiaridades específicas con respecto al proceso ordinario, el cual se aplicará supletoriamente en todo lo que no esté expresamente previsto para cada modalidad procesal (art. 102.1 LJS). Por otra parte, en ausencia de regulación de la LJS se aplicará supletoriamente la LEC y en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la LRJCA (Disp. Final 4.ª LJS).

Por último, se debe añadir a que no se tramitarán por las normas del proceso laboral aquellas cuestiones litigiosas sociales que se planteen en caso de concurso y cuya resolución corresponda al juez del concurso conforme a la LCo, con las excepciones señaladas en dicha Ley (Disp. Adic. 3.ª LJS).

Las modalidades procesales reguladas en la LJS se pueden clasificar en tres grupos, atendiendo al carácter de su pretensión:

- Modalidades procesales de carácter individual:
  - Proceso de vacaciones.
  - Reclamaciones en materia de clasificación profesional.
  - Proceso de impugnación de sanciones.
  - Impugnación en materia de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
  - Proceso en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
  - Proceso de despido disciplinario.
  - Proceso de extinción del contrato por causas objetivas.
  - Reclamación al Estado de salarios de tramitación.
- Modalidades procesales de carácter colectivo:
  - Proceso de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
  - Procedimiento en materia electoral.
  - Procedimiento de conflicto colectivo.
  - Impugnación de convenios colectivos.
  - Impugnación de estatutos sindicales o de su modificación e impugnación de la resolución denegatoria de su registro.
- Modalidades procesales de carácter mixto:
  - Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
  - Procesos de oficio.
  - Procesos en materia de prestaciones de la Seguridad Social.
  - Procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluido los prestacionales.

II. MODALIDADES PROCESALES DE CARÁCTER INDIVIDUAL

1. Caracterización

El proceso laboral es único, pero existen unas modalidades procesales de carácter individual que se caracterizan por los siguientes rasgos:

- La pretensión ejercitada deriva del contrato de trabajo y puede tener su origen en:
  - Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador como consecuencia de la prestación del trabajo (modalidad procesal de vacaciones, clasificación profesional e impugnación de sanciones).
  - Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador como consecuencia de las distintas vicisitudes del contrato de trabajo a lo largo de su vigencia (modalidad procesal de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor).
  - Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador como consecuencia de las circunstancias familiares de este último (conciliación de la vida personal, familiar y laboral).
  - Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, ya sea por motivos imputables al trabajador (despido disciplinario) y derivado del mismo cuando sea declarado improcedente y la sentencia exceda de sesenta días (reclamación de salarios de tramitación al Estado) o por causas objetivas.
- Exigen conciliación o mediación previa ante la autoridad administrativa como medio de evitación del proceso, excepción hecha de la de vacaciones, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y los procesos de anulación de laudos arbitrales debido a su carácter de urgente y preferente y la reclamación al Estado de salarios de tramitación que exige cumplimentar la reclamación administrativa previa.
- La legitimación activa en todas estas modalidades corresponde al trabajador, excepto la reclamación al Estado de salarios de tramitación que corresponde al empresario, aunque también cabe la posibilidad de que sea el propio trabajador el que reclame directamente los salarios al Estado cuando el empresario se encuentre en situación de insolvencia provisional y no le haya hecho efectivo los salarios.
- La legitimación pasiva corresponde siempre al empresario, a excepción del proceso de reclamación al Estado de salarios de tramitación que corresponderá al Estado.
- El plazo para interponer la acción es de veinte días hábiles, a partir de la notificación de la decisión del empresario sobre la que se discrepa, excepto en la modalidad procesal de clasificación profesional en la que no se establece plazo y la reclamación de salarios de tramitación al Estado que se fija en dos meses, a partir de la fecha de la resolución denegatoria.
- El orden de actuación en las distintas fases del juicio corresponderá en primer lugar al demandante y posteriormente al demandado, excepción hecha de las modalidades procesales de despido disciplinario, impugnación de sanciones y extinción del contrato por causas objetivas, en las que se invierte el orden de actuación de las partes.

- La carga de la prueba corresponde al demandante como regla general, aunque en las modalidades procesales de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, despido disciplinario, impugnación de sanciones, extinción por causas objetivas corresponde al empresario demandado.
- Las sentencias serán estimatorias o desestimatorias de la petición del trabajador en las modalidades procesales de vacaciones, clasificación profesional y conciliación de la vida personal, familiar y laboral; o declararán justificadas, injustificadas o nulas las decisiones del empresario en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor; en los casos de despido disciplinario y extinción por causas objetivas declarará la procedencia, improcedencia o nulidad de la extinción contractual; en la modalidad procesal de impugnación de sanciones confirmará, revocará total o parcialmente o declarará nula la sanción y, por último, en la reclamación de salarios de tramitación al Estado declarará si los salarios correspondientes al tiempo invertido en la tramitación del juicio, que excedan de noventa días, han de correr a cargo del Estado o del empresario.
- Contra las sentencias dictadas en estas modalidades procesales no cabe ningún tipo de recurso, excepto en los despidos disciplinarios y la extinción del contrato por causas objetivas.

2. Regulación

Las modalidades procesales de carácter individual, reguladas en la LJS son las siguientes:

A) Proceso de vacaciones

El período de disfrute de las vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, según lo previsto en los convenios colectivos y en caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha para su disfrute (art. 38.2 ET). El proceso de vacaciones será preferente y sumario y está regulado en los artículos 125 y 126 LJS, siendo sus peculiaridades las siguientes:

a) Objeto del proceso

La pretensión de esta modalidad procesal ha de limitarse de manera exclusiva a la fijación del período de vacaciones (STS 29-3-1995 y 17-2-1997), por lo que si la pretensión está relacionada con las vacaciones (por ejemplo, las relativas al derecho a las mismas, a su duración o a su retribución), pero no con la fijación de su período, dicha pretensión se tramitará a través del proceso ordinario o del conflicto colectivo si procediera (STS 29-4-1992).

b) Legitimación

La legitimación activa corresponde al trabajador o trabajadores disconformes con la fijación de su período de vacaciones, ya que puede tratarse de un proceso individual o plural (art. 125 LJS).

La legitimación pasiva corresponde al empresario y cuando la discrepancia verse sobre la preferencia con respecto a otros trabajadores, éstos también deberán ser demandados [art. 125.*d*) LJS].

c) Plazos para la interposición de la demanda

Cuando la fecha del disfrute de las vacaciones esté precisada en convenio colectivo, acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido fijada unilateralmente por aquél, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir del en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda en el Juzgado de lo Social [art. 125.*a*) LJS].

En el supuesto de que no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador [art. 125.*b*) LJS].

Una vez iniciado el proceso no se interrumpirá el mismo aunque se hubiera llegado a un acuerdo respecto a la fijación de las fechas del disfrute de las vacaciones [art. 125.*c*) LJS].

d) Proceso urgente y de tramitación preferente

Este proceso no admite aplazamientos o dilaciones y se tramitará con preferencia a cualquier otro, salvo los procesos de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales y los procesos de conflicto colectivo.

Este proceso está exceptuado de la conciliación previa (art. 64.1 LJS) y de la reclamación administrativa previa o al agotamiento de la vía administrativa (art. 70.1 LJS).

El acto de la vista habrá de señalarse por el secretario judicial dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda (art. 126 LJS).

La sentencia, que no tendrá recurso, deberá ser dictada en el plazo de tres días (art. 126 LJS) y puede ser estimatoria o desestimatoria. La primera declarará el derecho del trabajador a disfrutar del período de vacaciones en la fecha solicitada y la segunda, se limitará a declarar la validez de la fijación del período de vacaciones, sin más efectos.

B) Proceso de clasificación profesional

Este proceso está regulado en el artículo 137 LJS de una manera muy escueta, por lo que serán las normas del proceso ordinario las que se apliquen de manera supletoria, teniendo las siguientes especialidades:

a) Objeto del proceso

Esta modalidad procesal tiene por objeto el reconocimiento de la pertenencia a un grupo profesional superior al no existir correspondencia entre el grupo profesional ostentado por el trabajador y las funciones que efectivamente realiza (STS 10-6-2002 y 27-3-2007). El artículo 137 LJS sigue haciendo referencia a la reclamación de categoría o grupo profesional, sin embargo, se ha creído oportuno omitir la referencia a la primera con la finalidad de adaptarnos a la LEMURMEL (art. 10 que da nueva redacción al art. 39 ET) que se refiere a los grupos profesionales en detrimento de las categorías profesionales.

A través de este proceso no podrán sustanciarse las reclamaciones en materia de ascensos (STS 28-6-94 y 21-7-98) ni las de reconocimiento de un determinado nivel retributivo (STS 30-12-98 y 26-9-2006). Sin embargo, son acumulables en este proceso las reclamaciones de cantidad debidas a las diferencias salariales existentes entre la categoría del trabajador y las de la categoría profesional que pretende (STS 25-11-1994).

b) Especialidades procesales

Aunque el artículo 137 LJS no haga referencia a ello, la demanda debe ir precedida del intento de conciliación o de la reclamación administrativa previa.

La demanda que inicie este proceso deberá ir acompañada del informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal, que versará sobre las funciones superiores alegadas y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación aplicable. En el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado (art. 137.1 LJS).

Por su parte, en la misma resolución por la que se admita la demanda, se recabará informe de la ITSS, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor y deberá emitirse en el plazo de quince días (art. 137.2 LJS).

A la acción de reclamación de grupo profesional será acumulable la reclamación de las diferencias salariales correspondientes (art. 137.3 LJS).

El fallo de la sentencia será estimatorio o desestimatorio. El primero declarará el derecho del trabajador a ostentar un grupo profesional superior acorde con las funciones realizadas, y tendrá carácter retroactivo desde la fecha de la presentación por el trabajador al empresario de la solicitud de ascenso. El segundo desestimará la pretensión del trabajador por considerar el juez que las funciones que realiza son acordes con su grupo profesional. Contra la sentencia que recaiga en un proceso de clasificación profesional no cabrá recurso alguno, salvo cuando las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación (art. 137.2 LJS).

C) Proceso de impugnación de sanciones

La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente (art. 58.1 ET), razón por la cual la LJS regula en los artículos 114 y 115 las peculiaridades de esta modalidad procesal.

- El plazo para el ejercicio de la acción será el mismo que el del despido (art. 114.1 LJS), es decir, un plazo de caducidad de veinte días hábiles desde que se hubiese producido la sanción.
- La legitimación activa la tiene únicamente el trabajador que ha sido objeto de la sanción (art. 114.1 LJS).
- La parte demandada deberá aportar el expediente contradictorio incoado a los trabajadores que ostenten la condición de representantes legales o sindicales en los supuestos de comisión de faltas graves o muy graves (art. 114.2 LJS).
- La carga de la prueba corresponderá al empresario, el cual deberá acreditar la realidad de los hechos imputados al trabajador, y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción (art. 114.3 LJS).
- Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios (art. 114.3, *in fine*, LJS).
- La sentencia del proceso de impugnación de sanciones contendrá alguno de los pronunciamientos siguientes (art. 115.1 LJS):
  - Confirmar la sanción, cuando se haya acreditado el cumplimiento de las exigencias de forma y la realidad del incumplimiento imputado al trabajador, así como su entidad, valorada según la graduación de faltas y sanciones prevista en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.
  - Revocarla totalmente, cuando no haya sido probada la realidad de los hechos imputados al trabajador o éstos no sean constitutivos de falta, condenando al empresario al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción.
  - Revocarla en parte sin necesidad de petición expresa de las partes (STC 96/1989), con análogo pronunciamiento de condena económica por el período de exceso en su caso, cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada, pero los hechos constituyan infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, de no haber prescrito la falta de menor gravedad antes de la imposición más grave. En este caso el juez podrá

autorizar la imposición, en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a notificación de sentencia firme, de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, y la decisión empresarial será revisable a instancias del trabajador, en el plazo de caducidad de los veinte días siguientes a su notificación, por medio del incidente de ejecución de dicha sentencia.

– Declararla nula, si hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente, o cuando éstos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la CE y en la ley, o se produzca violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. También será nula la sanción que esté legalmente prohibida (multa de haber, pérdida de vacaciones) o no estuviera tipificada en las disposiciones legales o convenio colectivo aplicable. Asimismo serán nulas las sanciones impuestas a los representantes legales de los trabajadores o de los delegados sindicales por faltas graves o muy graves, sin la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera así como a los trabajadores afiliados a un sindicato, sin dar audiencia a los delegados sindicales (art. 115.2 LJS).
– Contra las sentencias dictadas en los procesos de impugnación de sanciones no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente (art. 115.3 LJS), en cuyo caso el sujeto legitimado para recurrir será el trabajador sancionado y no el empresario, sin que esta limitación vulnere el texto constitucional (STC 125/1995).

D) Procesos de impugnación en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor

Esta modalidad procesal está regulada en el artículo 138 LJS, según redacción dada por el artículo 23.7 LEMURMEL, y tiene por objeto la impugnación de las decisiones empresariales de traslado (art. 40 ET), de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) y de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47 ET según redacción dada por el art. 13 LEMURMEL).

a) Objeto del proceso

Se seguirá esta modalidad procesal en los siguientes supuestos:

- Cuando el trabajador considere injustificadas las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción esgrimidas por el empresario para llevar a cabo el traslado, modificación sustancial o suspensión del contrato y reducción de jornada o fuerza mayor.
- Cuando se alegue fraude de ley por no haber seguido los procedimientos colectivos previstos en los artículos 40.1, 41.3 ó 47.1, 2 y 3 ET.
- Cuando se discutan los criterios de selección de los trabajadores afectadas por estas medidas.

Por el contrario, no se tramitarán por las reglas de este proceso los traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo y las suspensiones de contratos y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo o derivadas de fuerza mayor, que seguirán los trámites de conflicto colectivo (arts. 153 a 162 LJS). Tampoco se tramitarán por esta modalidad procesal los traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensiones del contrato y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor que se consideren discriminatorios o vulneran los derechos

fundamentales de los trabajadores, que seguirán los trámites del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 LJS).

b) Legitimación

La legitimación activa corresponderá al trabajador individual afectado por la decisión del empresario. También cabe el litisconsorcio activo cuando sean varios trabajadores afectados, siempre que se trate de intereses individuales o plurales.

La legitimación pasiva corresponde al empresario que adopta unilateralmente la medida de traslado, modificación sustancial o suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. No obstante, cuando el objeto de la pretensión se refiera a las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados e igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando se trate de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo y la medida cuente con la conformidad de aquéllos (art. 138.2 LJS).

c) Plazo de la presentación de la demanda

El proceso se iniciará mediante la interposición de la demanda por los trabajadores afectados por la decisión empresarial en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, plazo que no empezará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones por el transcurso de un año (art. 138.1 LJS). El plazo de veinte días es el mismo plazo de caducidad previsto para la acción del despido.

d) Aspectos procesales

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente (art. 138.5 LJS), con respecto a otros procesos, exceptuados los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas y los de conflicto colectivo.

La LJS ha introducido como novedad que el órgano jurisdiccional pueda recabar informe a la ITSS, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. Dicho informe versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes (art. 138.3 LJS).

En el supuesto de que una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual (art. 138.4 LJS). No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento (art. 138.4, párrafo 2.º, LJS).

El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda de no haberse recabado el informe a la ITSS (art. 138.5 LJS) y la sentencia deberá dictarse en el plazo de cinco días, siendo inmediatamente ejecutiva y no será susceptible de recurso, salvo que el proceso se refiera a traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo y suspensiones o reducciones de carácter colectivo, en cuyo caso será recurrible en suplicación [arts. 138.6 LJS y 191.2.*e*) LJS].

e) Contenido de la sentencia

La sentencia declarará justificada, injustificada la decisión empresarial (art. 138.7 LJS), según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.

- Si la sentencia declarare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho al trabajador a extinguir el contrato de trabajo, en un plazo de quince días, percibiendo una indemnización de veinte días de salarios por año de servicios, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y un máximo de doce mensualidades.
- Si la sentencia declarare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.
- Si la sentencia declarare nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas establecidas en el artículo 40.2, en el artículo 41.4 y 47 del ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la CE o en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos el resto de supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido, el trabajador será reintegrado en sus anteriores condiciones de trabajo.

f) Ejecución de la sentencia

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.*c*) ET conforme a los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes de despido (art. 138.8 LJS).

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la ejecución consistente en la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.*c*) ET. En todo caso serán de aplicación los plazos establecidos en el mismo (art. 138.9 LJS).

E) Procesos en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Esta modalidad procesal se encuentra regulada en el artículo 139 LJS (STS 25-3-13 y 28-6-13 sobre adecuación de procedimiento) y tiene las siguientes peculiaridades:

a) Objeto del proceso

Esta modalidad procesal tiene por objeto dirimir:

- Las discrepancias entre trabajadores y empresarios en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente.
- Las discrepancias sobre el ejercicio de los derechos víctimas de violencia de género, tales como reducciones de jornada con disminución proporcional del salario, reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa (arts. 37.7 ET y 139.2 LJS).
- La concreción horaria del período de disfrute del permiso de lactancia.
- Las discrepancias sobre reducción de jornada por motivos familiares o por nacimientos de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

b) Aspectos procesales

La legitimación activa corresponde al trabajador y la legitimación pasiva corresponderá al empresario que discrepa.

La demanda deberá presentarse en el plazo de veinte días, a partir del momento en que el empresario comunique al trabajador su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por éste. En la demanda se podrá acumular la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. Además la LJS ha introducido como novedad el que el empresario y el trabajador deben llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto del juicio y que puedan acompañar, asimismo, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia [art. 139.1.*a*) LJS].

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente, por lo que la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda [art. 139.1.*b*) LJS].

Al empresario le corresponderá probar el perjuicio que supone para la empresa la concreción horaria o la determinación del período de disfrute del permiso propuesto por el trabajador.

La sentencia deberá ser dictada en el plazo de tres días. La LJS ha previsto que contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia [art. 139.1.*b*) LJS].

F) Proceso de despido disciplinario y asimilados

El objeto de esta modalidad procesal es la revisión de la decisión empresarial de despido, aunque también sea un elemento importante la determinación del salario del trabajador, dado que sirve como módulo de cálculo de las posibles indemnizaciones (STS 7-12-1990).

Esta modalidad procesal no solamente se aplica para la revisión de la decisión empresarial del despido, sino que se ha ido ampliando a otros supuestos, como algunas de las causas extintivas a que se refiere el artículo 49 ET (despidos por causas objetivas basadas en razones económicas, organizativas, técnicas o de producción, por expiración del tiempo convenido, etc.); la impugnación de la jubilación forzosa impuesta por el empresario (STS 29-12-1993); trabajadores fijos discontinuos que no son llamados según el orden y la forma establecida en los Convenios Colectivos (art. 15.8 ET). Esta ampliación del objeto de la modalidad procesal del despido disciplinario lo ha convertido en una especie de proceso común del despido (SSTS 26-12-1990 y 23-10-1993).

La regulación específica de los procesos de despido disciplinario se encuentra contenida en los artículos 103 a 113 LJS. A continuación se van a señalar las peculiaridades de esta modalidad procesal:

a) Caducidad de la acción de despido

El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido. Este plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano judicial (art. 103.1 LJS y SSTS 4-10-2005, 23-1-2006 y 24-9-2007), pero si el mes de agosto (art. 43.4 LJS).

Como ya se ha dicho se trata de un plazo de caducidad a todos los efectos, lo cual quiere decir que el cómputo de los veinte días hábiles se puede suspender por las siguientes causas: por la presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano administrativo de conciliación o solicitud de mediación; por la reclamación previa a la vía judicial; por la solicitud de abogado de oficio y por la suscripción de un com-

promiso arbitral. No obstante, el cómputo se reinicia cuando cesa la causa de suspensión, no empezándose a contar desde el principio (STS 14-4-1998). El plazo de caducidad es apreciable de oficio por el juez o Tribunal aunque no hubiera sido alegado por ninguna de las partes y comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que el cese se hace efectivo y terminará cuando acaba el día vigésimo hábil y si no hay coincidencia entre la fecha señalada en la carta y la de efectividad del cese, se tomará ésta (STS 25-4-88 y 25-9-95).

En el supuesto de que se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste o ampliar la demanda si no se hubiese celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario (art. 103.2 LJS).

b) Requisitos de la demanda

El procedimiento se inicia siempre a instancia del trabajador, nunca de oficio. La demanda por despido, además de los requisitos generales previstos, deberá contener los siguientes (art. 104 LJS):

- Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiera, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido. La LJS ha añadido con respecto a la extinta LPL la modalidad y duración del contrato, la jornada y respecto a la antigüedad concreta que se fijen los períodos en que hayan sido prestados los servicios.
- Fecha de efectividad del despido y forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario. La LJS determina, como novedad respecto a la extinta LPL, que se acompañe a la demanda la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.
- Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.
- Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

c) Acumulación de acciones

Como regla general las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas dentro de un mismo juicio ni siquiera por vía de reconvención (art. 26.1 LJS).

No obstante, caben las siguientes excepciones a la regla general:

- Se podrán acumular en una misma demanda las acciones de despido y extinción del contrato por voluntad del trabajador siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido (art. 26.3 LJS).
- Se podrán acumular en una misma demanda la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y la acción de reclamación salarial, cuando el impago reiterado de salarios se invoque como causa de la extinción del contrato, pudiendo ampliar la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas (art. 26.3 LJS).

- Se podrán acumular en una misma demanda la acción de despido y la acción de reclamaciones salariales adeudadas hasta dicha fecha (art. 26.3 LJS).
- Se podrán acumular entre sí la acción de despido, cuando el trabajador autónomo dependiente alegue la existencia de relación laboral, y la acción contra la decisión del cliente de extinguir la relación (art. 26.5 LJS).

d) Alteración del orden de actuación de las partes

Frente a lo dispuesto en el proceso ordinario en el que el orden de intervención corresponde en primer lugar al demandante y luego al demandado, en el proceso de despido disciplinario se altera el orden de actuación de las partes, tanto en la fase de alegaciones, como en la práctica de la prueba y en la fase de conclusiones, correspondiendo intervenir en primer lugar al demandado y posteriormente al demandante (art. 105.1 LJS), sin que aquel pueda alegar hechos distintos a los recogidos en la carta de despido, que producirán indefensión para el trabajador si son tenidos en cuenta por el órgano judicial (STC 114/1989).

e) Carga de la prueba

La carga de la prueba corresponde al empresario demandado, el cual deberá probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido (art. 105.1, *in fine*, LJS), además, para justificar el despido al demandado no podrá alegar en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido (art. 105.2 LJS), lo cual no quiere decir que no pueda plantear excepciones procesales, como falta de jurisdicción o de competencia, defectos de legitimación, caducidad de acción etc.

f) Sentencia: calificación

La sentencia, en los procesos de despido, debe contener obligatoriamente, en los hechos probados las siguientes circunstancias (art. 107 LJS):

- Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiera, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.
- Fecha y forma del despido; causas invocadas para el mismo y hechos acreditados en relación con dichas causas.
- Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.

En el fallo de la sentencia el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo (art. 108.1 LJS).

El despido será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación (art. 108.1, párrafo 2.º, LJS).

El despido será calificado de improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación o cuando no se hubieren cumplimentado los requisitos formales del artículo 55.1 ET. No obstante, cuando se aprecie que los hechos imputados no hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad, según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad, sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad

de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo de caducidad de los veinte días siguientes a su notificación, a través del incidente de ejecución de la sentencia de despido (art. 108.1, párrafo 3.º, LJS).

El despido será calificado como nulo en los siguientes supuestos (art. 108.2 LJS):

- Cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- Cuando se trate de trabajadores que tienen suspendido el contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- Cuando se trate de trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, y el de los trabajadores que hayan solicitado ausencia del trabajo o reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses (art. 37.4 ET), por nacimientos de hijos prematuros (art. 37.4 bis ET) y reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial (art. 37.5 LJS), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia para cuidado de hijo o familiar (art. 46.3 ET); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el ET.
- Cuando los trabajadores se hayan reintegrado al trabajo después de finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

En el supuesto de que durante el juicio se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas de nulidad, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo (art. 108.3 LJS).

g) Efectos de la sentencia

a') Despido calificado como procedente

En el supuesto de que el despido sea calificado de procedente se declarará convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 109 LJS). La sentencia tendrá carácter meramente declarativo y no constitutivo, dado que el acto de despido tiene un efecto inmediato de extinción del contrato de trabajo (STC 12-3-1987).

b') Despido calificado como improcedente

a'') Readmisión regular

- Si el despido es declarado improcedente y el trabajador despedido no es representante legal o sindical de los trabajadores, el empresario podrá optar entre (art. 110.1 LJS, según redacción dada por el art. 23.1 LEMURMEL):

- readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación, equivalentes a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la fecha de dictarse sentencia y si probase por el empresario lo percibido para descontarse de los salarios de tramitación, salvo que hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles desde que se presentó la demanda, en cuyo caso será responsable el Estado del tiempo que exceda de dichos noventa días (arts. 116.1 LJS; 57.1 ET), o
- abonarle una indemnización de treinta y tres días de salarios por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo del trabajo. Esta indemnización está prevista para los contratos de trabajo formalizados a partir del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del RDL MURMEL. No obstante, para los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a dicha fecha, la indemnización se calculará a razón de cuarenta y cinco días por año de servicio hasta el 12 de febrero de 2012 y de treinta y tres días de salarios por año por el tiempo de prestación de servicios posterior a dicha fecha, sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso (Disp. Trans. 5.ª LEMURMEL). El tiempo de excedencia forzosa no computa como tiempo de servicio a efectos del cálculo de la indemnización por despido (STS 30-6-1997), ni tampoco el de excedencia voluntaria (STS 10-7-1989). En el supuesto de que el trabajador tenga una relación laboral especial, la indemnización será la establecida por la norma que regula dicha relación especial [art. 110.1.*c*) LJS]. La novedad introducida por la LEMURMEL es que no existen los salarios de tramitación cuando el empresario opte por el abono de la indemnización, lo cual no deja de ser criticable ya que hace recaer sobre el trabajador demandante el coste de la tramitación del proceso de despido.

Dos precisiones deben realizarse respecto de los mencionados salarios de tramitación. La primera alude al deber de pagarlos por el empresario, dado que la calificación del despido como improcedente supone que la extinción del contrato carecía de fundamento legal y que, por tanto, la relación laboral ha subsistido y ha producido sus efectos retributivos durante el tiempo de sustanciación del procedimiento judicial. Con todo, aunque la jurisprudencia se inclinó por su naturaleza salarial (STCT 14.10.1986), con posterioridad se decanta por su condición básicamente indemnizatoria (SSTS 23-1-2001 y 21-10-2004). Por lo que se refiere a la facultad empresarial para descontar de estos salarios lo percibido por el trabajador en otro empleo, encuentra su fundamento para la jurisprudencia en la evitación de un enriquecimiento injusto por parte del trabajador.

La segunda precisión se refiere a la obligación del Estado de abonar los salarios de tramitación que excedan de los noventa días hábiles desde que se presentó la demanda reclamando contra el despido, cuando la sentencia que declare su improcedencia se dicte una vez transcurrido ese período de tiempo, obligación a la que se añade la de abonar asimismo las cuotas de la Seguridad Social que correspondan por tales salarios (arts. 57 ET y 116.1 LJS). Esta previsión legal tiene su fundamento en los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.1 CE), así como en el derecho a indemnización a cargo del Estado por los daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 CE). El empresario está facultado para reclamar al Estado los salarios de tramitación que excedan de esa fecha de acuerdo con la modalidad procesal prevista al efecto (arts. 116 a 119 LPL). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que existen determinados supuestos excluidos del cóm-

puto del mencionado plazo de noventa días. Se trata de determinados actos procesales de las partes que alargan la duración del proceso (art. 119 LJS), por cuya razón no puede atribuirse al Estado en estos casos la prolongación del mismo (por ejemplo, el tiempo invertido en la subsanación de la demanda).

- En el caso de que el trabajador despedido fuese representante legal o sindical de los trabajadores, la opción entre readmisión o abono de indemnización corresponderá al trabajador (art. 110.2 LJS). De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación (art. 56.4 ET, según redacción dada por el art. 18.9 LEMURMEL).

La opción a que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores, podrá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia (art. 110.3 LJS). No obstante, la LJS con la finalidad de no dilatar en exceso el proceso ha previsto que en el acto del juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización, pueda anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia [art. 110.1.*a*) LJS] y también el demandante, en el caso de no ser realizable la readmisión, podrá solicitar la indemnización y la extinción de su contrato de trabajo y el juez, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha [art. 110.1.*b*) LJS].

Por otra parte, y como ya se indicó en su momento [Capítulo 14, II, 4, B)], cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el artículo 55.1 ET y se hubiese optado por la readmisión podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha (art. 110.4 LJS).

b") Readmisión inexistente o irregular

Los efectos derivados de la readmisión, se haya optado por ella expresa o tácitamente, pueden quedar desvirtuados y equiparados a los propios de la opción indemnizatoria en el supuesto de que el empresario no proceda a readmisión o lo haga de forma irregular (arts. 279 a 281 LJS). En tal caso, previa solicitud por el trabajador, en tiempo y forma y ante el Juzgado de lo Social, de la ejecución del fallo de la sentencia, si el órgano judicial estima, mediante auto dictado en el incidente de no readmisión, que ésta no ha tenido lugar o ha sido irregular, ha de declarar extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución, así como el abono de la indemnización legal prevista para el despido improcedente y los salarios dejados de percibir desde la fecha de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido hasta la fecha del mencionado auto. Además, el juez está facultado para fijar una indemnización adicional en la cuantía máxima establecida por la norma y de acuerdo con las determinaciones que a este respecto la misma señala [Capítulo 30, II, 1.1, C)].

c') Despido calificado nulo

En el supuesto de que el despido fuese declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (art. 113 LJS).

G) Proceso de extinción del contrato por causas objetivas

Las decisiones de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas se pueden recurrir como si de un despido disciplinario se tratara (art. 53.3 ET), por lo que dichos procesos se ajustarán a las normas regu-

ladoras de los despidos y sanciones, sin perjuicio de las especialidades que se van a señalar a continuación (art. 120 LJS).

También podrán ser objeto de esta modalidad procesal, las impugnaciones individuales de extinción de contrato llevadas a cabo a través de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 124.13 LJS según redacción dada por el art. 11.Uno del RDL-TAPMUES).

a) Demanda y plazo para el ejercicio de la acción

El plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. No obstante, el trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso (art. 121.1 LJS) sin que la aceptación por el mismo de la indemnización y el uso de la licencia semanal para buscar empleo signifiquen conformidad alguna, ni por supuesto enervan el ejercicio de la acción (art. 121.2 LJS).

Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de un despido colectivo, se debe tener en cuenta si el despido colectivo ha sido o no impugnado a través de su modalidad procesal específica:

- En el supuesto de que el despido colectivo no haya sido impugnado a través del proceso de despido colectivo el plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes legales de los trabajadores y además cuando el objeto del litigio verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados (art. 124.13.a) LJS según redacción dada por el art. 11.Uno del RDL-TAPMUES).
- En el supuesto de que el despido colectivo haya sido impugnado a través de la modalidad procesal del despido colectivo, el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial. En este caso, la sentencia firme o el acuerdo de conciliación tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso de despido colectivo (art. 124.13. b) LJS según redacción dada por el art. 11.Uno del RDL-TAPMUES).

No obstante, si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial se suspenderá el proceso hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual [art. 124.13.*b*) LJS, según redacción dada por el art. 23.Cinco LEMURMEL].

b) Sentencia: calificación y efectos

- La decisión extintiva será declarada procedente cuando el empresario hubiere acreditado el cumplimiento de los requisitos formales exigibles y la causa legal indicada en la comunicación escrita (art. 122.1 LJS). Los efectos de dicha calificación consistirán en la declaración de extinción del contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto en la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos que éste no se hubiera cumplido (art. 123.1 LJS).
- La decisión extintiva será declarada improcedente cuando el empresario no hubiere cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 ET (art. 122.3, párrafo 1.º, LJS) o no acredita-

re la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita (art. 122.1 LJS). No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan (art. 122.3, párrafo 2.º, LJS). Los efectos de dicha calificación serán los previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso (art. 123.2 LJS). En el caso de que se opte por la readmisión el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia (art. 123.3 LJS) y en caso de que se opte por la indemnización, el juez acordará la compensación entre la indemnización percibida y la que fije la sentencia (art. 123.4 LJS).

- La decisión extintiva será declarada nula en los siguientes supuestos (art. 122.2 LJS):
  - Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
  - Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, como son: la no realización del período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET o no se haya respetado el procedimiento establecido para los despidos colectivos derivados de fuerza mayor, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista. También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia [art. 124.13.*c*) LJS, según redacción dada por el art. 23.Cinco LEMURMEL].
  - Cuando afecte a trabajadores que tuvieren el contrato de trabajo suspendido por causa de maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas durante el embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, o se les hubiese notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
  - Cuando afecte a trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo, ya sea por maternidad, riesgo durante el embarazo o enfermedades causadas durante el embarazo y la de los trabajadores que hayan solicitado permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, por nacimiento de hijos prematuros y por guarda legal, o estén disfrutando de ellos o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia para el cuidado de hijo y las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.
  - Cuando afecte a trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Además de los supuestos del art. 122.2 LJS también será calificado como nulo el despido colectivo efectuado por el empresario cuando no haya realizado el período de consultas o entregado el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas, acompañado de la memoria explicativa de las causas, así como de la documentación contable y fiscal e informes técnicos o no tenga autorización administrativa

en los casos de despido colectivo por fuerza mayor, o no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso (art. 124.13. a) LJS según la redacción dada por el art. 11. Uno del RDL-TAPMUES). También será nula la extinción del contrato de trabajo acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que establezcan las leyes, convenios o el acuerdo alcanzado durante el período de consultas (art. 124.13 a) y b) LJS según la redacción dada por el art. 11. Uno RDL-TAPMUES)".

Los efectos de dicha calificación serán los previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso (art. 123.2 LJS). En el caso de que se opte por la readmisión el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida (art. 123.3 LJS).

H) Reclamaciones al Estado de salarios de tramitación en juicios por despido

Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los llamados salarios de tramitación satisfechos al trabajador respecto al tiempo que exceda de noventa días, cuando el empresario haya optado por la readmisión (art. 57.1 ET, según redacción dada por el art. 18.10 LEMURMEL y posteriormente modificado por la Disp. Final 4.ª RDL-MESFO al igual que al art. 116.1 LJS). Este cambio operado en el artículo 57.1 ET por el que se pasa de sesenta a noventa días será de aplicación a los expedientes en los que no haya recaído sentencia firme en la entrada en vigor del RDL-MESFO (15-7-2012). La LJS regula esta modalidad procesal en los artículos 116 a 119, señalando a continuación las peculiaridades de la misma.

a) Objeto del proceso

El objeto de esta modalidad procesal está limitado a la procedencia y cuantía de la reclamación por los salarios de tramitación, por lo que en el juicio no se admitirán pruebas encaminadas a revisar las declaraciones probadas en la sentencia de despido (art. 118.2 LJS). Los presupuestos para el ejercicio de la acción son tres: que haya recaído una sentencia que declare la improcedencia del despido (disciplinario u objetivo), que el empresario haya optado por la readmisión del trabajador o si se trata de un representante legal o sindical cualquiera que sea la opción elegida por éste (readmisión o indemnización, STC 4-9-1985 y STS 7-11-1982 y 6-5-1988) y que hayan transcurrido más de noventa días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda (arts. 57.1 y 56.2 ET, según redacción dada por el art. 18.10 y 8 respectivamente LEMURMEL y posteriormente modificado el art. 57.1 ET por la Disp. Final 4.ª RDL-MESFO).

b) Reclamación administrativa previa

Para demandar al Estado por los salarios de tramitación, será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma y plazos establecidos, contra cuya denegación el empresario o, en su caso, el trabajador, podrá promover la oportuna acción ante el Juzgado que conoció en la instancia del proceso de despido (art. 117.1 LJS). El procedimiento de la reclamación administrativa previa viene regulado en el RD 418/2014, de 6 de junio, según el cual están legitimados para presentar la reclamación previa el empresario que haya readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente y haya pagado los salarios de tramitación, así como el propio trabajador despedido, en caso de insolvencia del empresario (art. 2 RD 418/2014). Esta reclamación administrativa previa deberá presentarse ante las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, las cuales instruirán el expediente y harán una propuesta de Resolución que será trasladada a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, que es el órgano competente para resolver (art. 3 RD 418/2014). El plazo para presentar la reclamación previa será de un año desde la firmeza de la sentencia (art. 4.1 RD 418/2014) y deberá ir acompañada de la documentación que de una manera detallada se señala en el artículo 5 del RD.

c) Legitimación

El sujeto legitimado para incoar este proceso es el empresario (art. 57.1 ET, según redacción dada por el art. 18.10 LEMURMEL y 116.1 LJS). No obstante, cabe la posibilidad de que sea el propio trabajador el que reclame directamente los salarios al Estado cuando el empresario se encuentre en situación de insolvencia provisional y no le haya hecho efectivo los salarios (art. 116.2 LJS).

d) Demanda y su admisión

La demanda habrá de presentarse ante el Juzgado que conoció en instancia el proceso de despido (art. 117.1, *in fine*, LJS), a la que habrá de acompañarse la copia de la resolución administrativa denegatoria o instancia de solicitud de pago (art. 117.2 LJS). El plazo de prescripción de esta acción es de un año a contar, en caso de reclamación efectuada por el empresario, desde el momento en que éste sufra la disminución patrimonial ocasionada por el abono de los salarios de tramitación y, en caso de reclamación por el trabajador, desde la fecha de notificación al mismo del auto judicial que haya declarado la insolvencia del empresario (art. 117.3 LJS).

Admitida la demanda, el secretario judicial señalará día para el juicio en los cinco siguientes, citando al efecto al trabajador, al empresario y al abogado del Estado, sin que se suspenda el procedimiento para que éste pueda elevar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (art. 118.1 LJS).

e) Cómputo del tiempo que exceda de noventa días

Serán excluidos del cómputo del tiempo que exceda de noventa días los períodos siguientes (art. 119.1 LJS):

- El tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla.
- El período en que estuviesen suspendidos los autos, a petición de parte, por suspensión del acto del juicio en los términos previstos en el artículo 83 de esta Ley.
- El tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la querella, en los casos en que cualquiera de las partes alegase la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito.

f) Sentencia

El juez apreciando las pruebas aportadas por las partes, decidirá en la sentencia si los salarios correspondientes al tiempo invertido en la tramitación del juicio han de correr a cargo del Estado o del empresario. Excepcionalmente podrá privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho (art. 119.2 LJS).

III. LAS MODALIDADES PROCESALES DE CARÁCTER COLECTIVO

1. Caracterización

Las modalidades procesales de carácter colectivo tienen como rasgos característicos los siguientes:

- La pretensión que se ejercita en estas modalidades procesales no afecta a los trabajadores individualmente considerados sino a los trabajadores considerados como grupo (despido colectivo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y conflicto colectivo) o a los sindicatos y empresas (materia electoral; impugnación de convenios) o a los sindicatos indivi-

dualmente considerados y a las asociaciones empresariales (impugnación de los estatutos sindicales e impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos).

- En estas modalidades procesales se exige conciliación administrativa o mediación previa (excepto los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, los de impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación) o reclamación administrativa previa, como ocurre en los de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos del sindicato o del registro de las actas electorales.
- La legitimación activa corresponderá a quienes tengan un interés legítimo, incluida la empresa (impugnación de laudos arbitrales) o los que acrediten un interés directo, personal y legítimo (despidos colectivos e impugnación de estatutos sindicales); a las representaciones sindicales (impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el registro de actas de las elecciones sindicales o el depósito de estatutos); a los sindicatos, asociaciones empresariales, empresarios y órganos de representación legal o sindical (conflictos colectivos) y a la autoridad laboral, órganos de representación legal o sindical, sindicatos (impugnación de convenios colectivos).
- La legitimación pasiva corresponderá a los sindicatos o personas que fueron parte del procedimiento arbitral (impugnación del laudo arbitral); a la oficina pública (impugnación de la resolución administrativo del registro de actas electorales o depósito de estatutos); al empresarios o asociaciones empresariales del ámbito del conflicto (conflicto colectivo) y a las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio (impugnación de convenios colectivos).
- El Ministerio Fiscal será parte en las modalidades procesales de impugnación de convenios; impugnación de los estatutos sindicales e impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de estatutos sindicales.
- Se tramitarán de manera urgente las modalidades procesales de impugnación de laudos arbitrales en materia de elecciones sindicales; impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de actas electorales y el de conflictos colectivos, teniendo esta última preferencia sobre cualquier asunto, salvo el de tutela de los derechos fundamentales.

2. Regulación

A) Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas, o de producción o derivadas de fuerza mayor

La impugnación de las decisiones empresariales de despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor se encuentra regulada en el artículo 124 LJS, según redacción dada por el artículo 23.5 LEMURMEL [Capítulo 14, IV, 5, E)]. La redacción primitiva de este artículo era muy escueta, sin embargo tras la reforma operada en el mismo por la citada LEMURMEL se puede considerar como uno de los más extensos, en coherencia con los objetivos fijados para este tipo de despido en la conocida como Reforma Laboral de 2012, en el que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico desaparece la autorización administrativa y se deja la decisión extintiva de carácter colectivo en manos del empresario, lo que periodísticamente se viene llamando el ERE exprés, aunque bien es cierto que existe un control judicial *a posteriori* propio de esta modalidad procesal que tiene las peculiaridades que a continuación se van a estudiar.

a) Objeto del proceso

El objeto de este proceso será la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en los casos siguientes (art. 124.2 LJS):

- Cuando no concurra la causa alegada en la comunicación escrita, ya sea económica, técnica, organizativa o de producción.
- Cuando el despido colectivo se haya realizado sin el período de consultas con los representantes de los trabajadores o sin haberles entregado la documentación legalmente prevista (art. 51.2 ET).
- Cuando la fuerza mayor no haya sido constatada por la autoridad laboral mediante resolución administrativa (art. 51.7 ET).
- Cuando la decisión extintiva haya sido adoptada con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
- Cuando la decisión extintiva se haya efectuado con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.
- Cuando no se haya obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que estuviera legalmente prevista.

No serán objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas, dado que se tramitarán mediante la modalidad procesal de extinción del contrato por causas objetivas [art. 124.2, último párrafo, art. 124.13.*a*) y arts. 120 a 123 LJS].

b) Legitimación

a') Legitimación activa

Están legitimados para impugnar la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, los representantes legales o sindicales de los trabajadores. No obstante, cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LJS).

Los trabajadores individuales no están legitimados para impugnar la decisión empresarial de carácter colectivo. No obstante, podrán impugnar la extinción de su contrato a través de la modalidad procesal de extinción del contrato por causas objetivas (art. 124.13 LJS). De esta manera, la LEMURMEL ha reconducido el despido colectivo al despido por causas objetivas, que tiene idéntica indemnización legal, evitando la vía del despido disciplinario con un importe indemnizatorio muy superior. No obstante, si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial, el proceso individual se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual [art. 124.13.*b*) LJS].

También está legitimado para interponer demanda el propio empresario, cuando la decisión extintiva no haya sido impugnado por los representantes legales ni sindicales de los trabajadores, ni tampoco se haya remitido por la autoridad laboral el acuerdo alcanzado durante el período de consultas a la autoridad judicial por estimar que se hubiera alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, siempre que hubiere transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por parte de aquéllos y no hubieren transcurrido el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior. Esta demanda tiene como finalidad que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva llevada a cabo por el empresario. En este supuesto, la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa producirá efectos de

cosa juzgada sobre los procesos individuales y suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual de despido (art. 124.3 LJS según redacción dada por el art. 11. Uno del RDL-TAPMUES).

b') Legitimación pasiva

El legitimado pasivamente en esta modalidad procesal es el empresario que ha adoptado la decisión extintiva colectiva por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

También están legitimados pasivamente los firmantes del acuerdo a que se hubiera alcanzado durante el período de consultas a los que obligatoriamente se ha de demandar (art. 124.4 LJS).

Asimismo, estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores en los supuestos en que la demanda haya sido interpuesta por el empresario, cuando la decisión extintiva no haya sido impugnado por los representantes legales ni sindicales de los trabajadores, ni tampoco se haya remitido por la autoridad laboral el acuerdo alcanzado durante el período de consultas a la autoridad judicial por estimar que se hubiera alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 124.3, *in fine*, LJS).

c) Demanda

Esta modalidad procesal se inicia con la presentación de la demanda sin que sea necesario efectuar el intento de conciliación administrativa o de reclamación previa (art. 124.5 LJS). La demanda se presentará ante la Sala de lo Social del TSJ cuando los efectos del despido colectivo se extiendan a un ámbito territorial no superior al de la CA o ante la Sala de lo Social de la AN cuando sus efectos se extiendan a un ámbito territorial superior al de una CA [arts. 7.*a*) y 8.1 LJS, según redacción dada por el art. 20.3 y 4 LEMURMEL].

La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo (art. 124.6 LJS según redacción dada por el art. 11. Uno del RDL-TAPMUES) y deberá fundamentarse en alguno de los motivos enumerados al estudiar el objeto de esta modalidad procesal. Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio por la autoridad laboral, se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél. En este supuesto, la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución (art. 124.7 LJS).

Si la demanda se formulase por el empresario será necesario que hubiere transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por parte de los representantes o sindicales de los trabajadores y no hubieren transcurrido el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior (art. 124.3 LJS).

d) Tramitación

Este proceso tiene carácter urgente y preferente. La preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia (art. 124.8 LJS).

Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. Asimismo le ordenará para que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores

que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán apremios pecuniarios y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante (art. 124.9 LJS).

Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo (art. 124.9, último párrafo, LJS).

En la misma resolución de admisión a trámite, el secretario judicial citará a las partes al acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los quince días siguientes. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba (art. 124.10 LJS).

e) Sentencia: calificación

La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y podrá tener los siguientes pronunciamientos (art. 124.11 LJS):

- Declarar ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido con los requisitos formales (período de consultas, entrega de la documentación prevista, o autorización administrativa que constate la fuerza mayor), acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.
- Declarar nula la decisión extintiva cuando no se hayan cumplimentado los requisitos formales (período de consultas o entregado el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas, acompañado de la memoria explicativa de las causas, así como de la documentación contable y fiscal e informes técnicos o autorización administrativa que constate la fuerza mayor), u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo.
- Declarar no ajustada a Derecho, la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia será recurrible en casación ordinaria (art. 124.11, primer párrafo, LJS). Una vez firme, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones. Asimismo, la sentencia firme se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso (art. 124.12 LJS).

B) Procesos en materia electoral

Con el nombre de materia electoral se incluyen tres modalidades procesales: la impugnación de los laudos arbitrales, regulada en los artículos 127 a 132 LJS, la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas, regulada en los artículos 133 a 135 LJS y la impugnación de la resolución administrativa de la certificación de la representatividad sindical, regulada en el artículo 136 LJS.

a) Impugnación de los laudos arbitrales

El objeto del proceso será la impugnación de los laudos arbitrales previstos en el artículo 76 ET [art. 127.1 LJS y Capítulo 16, II, 1, D)], esto es, los laudos arbitrales que resuelven las impugnaciones relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la Mesa electoral y las decisiones de ésta, y la atribución de los resultados, hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral (art. 127.2 LJS y STS 21-1-1996).

La legitimación activa corresponde a quienes tengan un interés legítimo, incluida la empresa cuando en ella concurra dicho interés (art. 127.3 LJS y STC 164/2003; 285/1993 y 101/1996). La legitimación pasiva corresponderá a las personas o sindicatos que fueron parte en el procedimiento arbitral, así como cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de impugnación (art. 129.1 LJS). En ningún caso tendrán la consideración de demandados los comités de empresa, los delegados de personal o la mesa electoral (art. 129.2 LJS).

El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación del laudo arbitral será de tres días, contados a partir de la fecha de notificación del mismo (art. 127.3 LJS).

Los motivos de impugnación son (art. 128 LJS):

- La indebida apreciación o no apreciación de cualquiera de las causas contempladas en el artículo 76.2 ET (vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren el resultado; falta de capacidad o legitimidad de los candidatos; discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y en la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos), siempre que la misma haya sido alegada por el promotor en el curso del arbitraje.
- Haber resuelto el laudo aspectos no sometidos al arbitraje o que, de haberlo sido, no puedan ser objeto del mismo, en estos casos la anulación afectará sólo a los aspectos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
- Promover el arbitraje fuera de los plazos estipulados en el artículo 76 ET (tres días hábiles contados a partir de aquel en que se hubieran producido los hechos o resuelto la reclamación de la mesa).
- No haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar prueba.

Este proceso se tramitará con urgencia (art. 132 LJS) y está exento de conciliación previa (art. 64.1 LJS) o de reclamación administrativa previa (art. 70 LJS). Al admitir la demanda, se acordará recabar de la oficina pública el texto del laudo arbitral, así como copia del expediente administrativo relativo al proceso electoral. La documentación referida deberá ser enviada por el requerido dentro del día siguiente. El acto del juicio habrá de celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia, contra la que no cabe recurso, habrá de dictarse en el plazo de tres días, debiendo ser comunicada a las partes y a la oficina pública (art. 132 LJS), en cuyo fallo se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad del laudo que se impugna.

b) Impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas

El objeto del proceso será la impugnación de la resolución administrativa denegatoria del registro de las actas electorales en los procesos de elecciones de delegados de personal y miembros del Comité de empresa [art. 133.1 LJS y Capítulo 16, II, 1, C)].

Las causas de la denegación por parte de la oficina pública del registro de actas está tasada en el artículo 75.7 ET, siendo las siguientes:

- Cuando se trate de actas que no vayan extendidas en el modelo oficial normalizado.
- Falta de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública.
- Falta de la firma del presidente de la mesa electoral.
- Omisión o ilegibilidad en las actas de algunos de los datos que impida el cómputo electoral.

El plazo para el ejercicio de la acción será de diez días, contados a partir de aquel en que se reciba la notificación (art. 134 LJS).

El órgano judicial competente será el juzgado de lo social en cuya circunscripción se encuentre la oficina pública (art. 133.1 LJS).

La legitimación activa corresponde a quienes hubiesen obtenido algún representante en el acta de elecciones (art. 133.1, *in fine*, LJS). La legitimación pasiva corresponde siempre a la oficina pública y también a los que hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de la resolución administrativa (art. 133.2 LJS).

Este proceso se tramitará con urgencia. En la resolución por la que se admita la demanda se requerirá a la oficina pública competente el envío del expediente administrativo, que habrá de ser remitido en el plazo de dos días (art. 135.1 LJS). El acto del juicio habrá de celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la recepción del expediente (art. 135.2 LJS) y la sentencia, contra la que no cabe recurso, habrá de dictarse en el plazo de tres días, debiendo ser comunicada a las partes y a la oficina pública. Si la sentencia es estimatoria de la demanda acordará el inmediato registro del acta electoral (art. 136 LJS).

c) Impugnación de la resolución administrativa relativa a la certificación de la representatividad sindical

El objeto de esta modalidad procesal, introducida por la LJS, consiste en la impugnación de las resoluciones de la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral relativa a la expedición de certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales (art. 136.1 LJS).

El plazo para el ejercicio de la acción será de diez días computados a partir de la expedición o denegación de la certificación (art. 136.1 LJS).

El órgano judicial competente será el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se encuentre la oficina pública correspondiente (art. 136.1 LJS).

La legitimación activa corresponde al sindicato o sindicatos interesados y la legitimación pasiva corresponde a la oficina pública expedidora de las certificaciones de la capacidad representativa y a los demás sindicatos a los que afecte la declaración pretendida (art. 136.1 LJS).

Este proceso se tramitará con urgencia. El juicio se señalará dentro de los diez días siguientes a la admisión de la demanda, al mismo tiempo que se reclamará el expediente administrativo a la oficina pública, la cual lo remitirá al Juzgado dentro de los dos días siguientes (art. 136.2 LJS).

La sentencia se dictará en el plazo de tres días y resolverá sobre los términos de la certificación emitida en función de las pretensiones deducidas por las partes, contra la que cabrá recurso de suplicación (art. 136.3 LJS).

C) Proceso de conflictos colectivos

Esta modalidad procesal de solución de controversias colectivas de carácter jurídico se encuentra regulada en los artículos 153 a 162 LJS y su iniciación interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto (art. 160.6 LJS).

a) Objeto del proceso

Esta modalidad procesal tiene por objeto resolver las controversias que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa o de una decisión empresarial de carácter colectivo (como por ejemplo una práctica discriminatoria de no contratar mujeres -STS 18-2-1994-) incluidas las de traslados colectivos, modificaciones sustanciales colectivas y las suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción colectiva, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos (art. 153.1 LJS, según redacción dada por el art. 23.9 LEMURMEL). Lo determinante para que una situación de conflicto pueda considerarse como colectiva es que la pretensión sea genérica para todo el grupo considerado en abstracto (SSTS 8-6-1992 y 12-7-2000), ya que en caso contrario, se estaría ante un conflicto plural, que no es más que la suma de conflictos individuales.

También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos (art. 153.2 LJS) y las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo [art. 153.3 LJS y Capítulo 16, II, 1, G)].

Sin embargo, no se tramitarán conforme a esta modalidad procesal las decisiones empresariales de despidos colectivos que lo harán a través de la modalidad procesal de despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 151.1, segundo párrafo, LJS).

b) Legitimación

Tienen legitimación activa para promover conflictos colectivos:

- Los sindicatos [art. 154.*a*) LJS y STC 70/1982] y las asociaciones empresariales [art. 154.*b*) LJS] cuando el ámbito del conflicto colectivo sea *supra* empresarial y su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores cuando el ámbito del conflicto sea de empresa o inferior [art. 154.*c*) LJS y STS 11-4-1994 y 19-12-1994]. En este ámbito también están legitimados los sindicatos con implantación en el ámbito del conflicto (art. 22.d) LOLS y STC 70/1982 y 37/1983).
- Las Administraciones Públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores [art. 154.*d*) LJS].
- Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de éstos, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto [art. 154.*e*) LJS].

Respecto a la legitimación pasiva la LJS no establece ninguna regla concreta. No obstante, cuando los demandantes sean los representantes de los trabajadores, estarán legitimados pasivamente el empresario o la asociación empresarial, según el ámbito del conflicto, y por el contrario, si el empresario o asociación empresarial son los demandantes, estarán legitimados pasivamente la correspondiente representación de los trabajadores. En los supuestos que el conflicto colectivo verse sobre la aplicación o interpretación

de un convenio o en su impugnación por esta vía procesal, estarán legitimados pasivamente los firmantes colectivos del convenio y las representaciones integrantes de la comisión negociadora respectivamente.

En todo caso, los sindicatos representativos, las asociaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (art. 155 LJS y STC 217/1991).

c) Conciliación previa

Será requisito necesario para la tramitación del proceso de conflicto colectivo el intento de conciliación o mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante los órganos de conciliación o mediación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios marco (art. 156.1 LJS).

Lo acordado en conciliación tendrá la misma eficacia que los convenios colectivos, siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por la citada norma. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral (art. 154.2 LJS).

d) Demanda o comunicación de la autoridad laboral

El proceso de conflicto colectivo podrá iniciarse de dos formas:

- Mediante demanda dirigida al Juzgado o Tribunal competente (STS 15-6-1994) que contendrá, además de los requisitos generales, la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto y cuando se formulen pretensiones de condena habrá de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas, la designación concreta del demandado o demandados, con expresión del empresario, asociación empresarial, sindicato o representación unitaria a quienes afecten las pretensiones ejercitadas, así como una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada y la pretensiones interpretativas, declarativas, de condena o de otra naturaleza según el objeto del conflicto (art. 157 LJS). A esta demanda deberá acompañarse certificación de haberse intentado la conciliación previa a la que se refiere el artículo anterior o alegación de no ser necesaria ésta (art. 157.2 LJS).
- Mediante comunicación de la autoridad laboral, a instancia de las representaciones empresariales y sindicales legitimadas. En dicha comunicación se contendrán idénticos requisitos a los exigidos para la demanda. El secretario judicial advertirá a la autoridad laboral de los defectos u omisiones de carácter formal que pudiera contener la comunicación, a fin de que se subsanen en el plazo de diez días (art. 158 LJS).

e) Aspectos de trámite

El proceso de conflicto colectivos tendrá carácter urgente y su preferencia sobre cualesquier otro asunto será absoluta, salvo en los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 159 LJS).

Debido a ese carácter urgente, una vez admitida la demanda o la comunicación de la autoridad laboral, el secretario judicial citará a las partes para la celebración del acto del juicio, que deberá tener lugar, en única convocatoria, dentro de los cinco días siguientes al de la admisión a trámite de la demanda (art. 160.1 LJS).

Contra las resoluciones que se dicten durante la tramitación del proceso no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia (art. 161 LJS) y en el supuesto de que se recibiera en el Juzgado o Tribunal comunicación de las partes de haber quedado solventado el conflicto, se procederá por el secre-

tario judicial sin más al archivo de las actuaciones, cualquiera que sea el estado de su tramitación anterior a la sentencia (art. 162 LJS).

f) Sentencia

La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes al acto del juicio, notificándose, en su caso, a la autoridad laboral competente (art. 160.2 LJS).

En el supuesto de que la sentencia sea estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, deberá contener, en su caso la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos. Además deberá contener la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondientes (art. 160.3 LJS).

La sentencia será ejecutiva desde el momento en que se dicte, no obstante el recurso que contra la misma pueda interponerse (art. 160.4 LJS).

La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación directa con aquél [Capítulo 2, VI, 2, B)], tanto en el orden social como en el contencioso administrativo que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo (art. 160.5 LJS y STS 30-6-94).

D) Proceso de impugnación de convenios colectivos

Esta modalidad procesal se encuentra regulada en los artículos 163 a 166 LJS y prevé dos formas de iniciación del proceso: por comunicación de la autoridad laboral y directamente por los interesados mediante el trámite de conflicto colectivo [Capítulo 19, III, 6, A)].

a) Objeto del proceso

Este proceso tiene por objeto la impugnación de los convenios colectivos estatutarios o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, cuando se considere que vulneran la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros (art. 163.1 LJS). También pueden ser objeto de este proceso la impugnación de los acuerdos alcanzados, para la solución de controversias colectivas relativas a la aplicación e interpretación de los convenios, mediante mediación y laudo arbitral, siempre que tuviesen legitimación los que los hubiesen adoptado o suscrito (art. 91 ET). Asimismo, son objeto de este proceso la impugnación de los laudos arbitrales dictados para resolver las discrepancias surgidas durante el período de consulta en los casos de movilidad geográfica (art. 40.2, último párrafo, ET), modificación de condiciones de trabajo (art. 41.4, último párrafo, ET), suspensión y extinción de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

La ilegalidad se refiere tanto a la vulneración de la forma (constitución defectuosa de la comisión negociadora; falta de legitimación de las partes negociadoras; vulneración del procedimiento negociador) como a la vulneración de los derechos necesarios, absoluto o relativo (renuncia de los derechos de los trabajadores fijos discontinuos; modificación del concepto de trabajo nocturno; disminución de derechos en materia de empleo), como a la vulneración del principio de igualdad en los Convenios que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

El concepto de lesividad es difícil separarlo del de ilegalidad, no obstante, se refiere a un daño real y grave que afecta al interés jurídico protegido de un tercero (STS 15-3-1993), entendiendo por tal los trabajadores y empresarios no afectados por la negociación (STC 13-10-1981).

b) Formas de iniciación del proceso

Esta modalidad procesal podrá promoverse:

- De oficio, mediante comunicación de la autoridad laboral dirigida al Juzgado o Sala competente, antes o después del registro definitivo del convenio (SSTS 2-11-1993 y 31-3-1995), bien por propia iniciativa, bien a instancia de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, de los empresarios o de terceros presuntamente lesionados (por ejemplo, un Colegio Oficial), si considera que el convenio, o el laudo arbitral que lo sustituya, ha vulnerado la legalidad vigente o ha lesionado gravemente el interés de terceros (arts. 90.5 ET y 163.1 LJS; STC 235/1988).
- Directamente, aunque siguiendo en parte los trámites del proceso especial de conflicto colectivo (que no afectan a la legitimación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la sentencia: SSTS 10-5-1995 y 25-3-1997). El proceso se promueve, asimismo, por los sujetos anteriormente mencionados y por iguales motivos, ya sea cuando el convenio no haya sido aún registrado y la autoridad no conteste en el plazo de quince días a la solicitud de dichos sujetos para que remita al Juzgado o Sala competente su comunicación incoando de oficio el proceso, o la desestime, ya sea cuando el convenio haya sido registrado y subsista su vigencia (art. 163.2 y 3 LJS).
- Por el Ministerio Fiscal, cuando se hayan impugnado los actos producidos en aplicación del convenio, a través de conflictos colectivos o individuales posteriores. En este supuesto, el objeto del proceso ha de versar sobre la ilegalidad de alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el convenio, que previamente ha de ser apreciada en los referidos conflictos por el órgano judicial (art. 163.4 LJS).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimación para utilizar el proceso especial de impugnación del convenio colectivo. Sólo están facultados para accionar en relación a la ilegalidad o lesividad del convenio, a través del proceso laboral ordinario (arts. 80 ss. LJS) y en virtud de una lesión concreta de sus derechos o intereses, reclamando, a estos efectos, la inaplicabilidad del mismo a su especifica situación jurídica, sin que, por tanto, puedan demandar en abstracto la nulidad, anulabilidad o aplicación genérica de los convenios colectivos, pues esta acción corresponde a un interés general e indivisible para la que únicamente están legitimados sujetos colectivos (STC 81/1990) o sujetos individuales que representan intereses públicos (la autoridad laboral o el Ministerio Fiscal).

c) Requisitos de la comunicación de oficio

- La comunicación de oficio que sostenga la ilegalidad del convenio habrá de contener los requisitos siguientes (art. 164.1 LJS):
  - La concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio.
  - Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad.
  - La relación de las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado.
- La comunicación de oficio que sostenga la lesividad del convenio habrá de contener (art. 164.2 LJS):
  - La relación de las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio impugnado.
  - La relación de los terceros reclamantes presuntamente lesionados.

– La indicación del interés de los terceros que se trata de proteger.

d) Tramitación de la comunicación de oficio

El secretario judicial advertirá a la autoridad laboral los defectos u omisiones de carácter formal que pudiera contener la comunicación a fin de que se subsanen en el plazo de diez días (art. 164.3 LJS), sin que en esta modalidad procesal sea necesaria la conciliación previa (art. 64.1 LJS) o la reclamación administrativa previa (art. 70.1 LJS), pero sí deberá acompañarse a dicha comunicación de oficio tantas copias del convenio impugnado como parte haya en el proceso (art. 164.7 LJS).

El proceso se seguirá, además de con las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio, con los terceros reclamantes presuntamente lesionados, en su caso, y, si los hubiere, con los denunciantes o terceros presuntamente lesionados (art. 164.4 LJS). Además, cuando la impugnación procediera de la autoridad laboral y no hubiera denunciantes, también será citada la representación legal de dicha autoridad (art. 164.5 LJS) y el Ministerio fiscal será parte siempre en estos procesos (art. 164.6 LJS).

Admitida a trámite la comunicación de oficio, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio fiscal para el acto del juicio. En su comparecencia a juicio, las partes alegarán en primer término la postura procesal que adopten, ya sea de conformidad o de oposición, respecto de la pretensión interpuesta (art. 166.1 LJS).

e) Sentencia

La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes al acto de juicio y se comunicará a la autoridad laboral siendo ejecutiva desde el momento en que se dicte, aunque sea susceptible de ser recurrida (art. 166.2 LJS). La sentencia deberá declarar la validez o nulidad, total o parcial, del convenio. El artículo 90.5 ET faculta al juez o tribunal para adoptar las medidas necesarias para subsanar las anomalías de convenio impugnado, pero la resolución judicial no podrá colmar los vacíos de la parte anulada del convenio ni tampoco podrá integrarlos mediante la sustitución por otras normas (STC 20-12-1980), dado que el cauce adecuado para su revisión es la negociación colectiva (STC 171/1989). Una vez firme sentencia producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso (art. 166.2, *in fine*, LJS).

Cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado (art. 166.3 LJS).

f) Impugnación del convenio por el trámite de conflicto colectivo

Están legitimados activamente para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites del proceso de conflicto colectivo (art. 165.1 LJS):

- Los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como el Ministerio Fiscal (STC 10-11-1983), AGE y CCAA en su respectivo ámbitos, Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las CCAA, si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio. Los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimación para impugnar el convenio por la vía de conflicto colectivo (STC 47/87 y 81/90), pero sí pueden impugnar la legalidad de determinados preceptos mediante el proceso ordinario (STC 81/90).
- Los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado si el motivo de la impugnación fuera la lesividad del convenio. A tal efecto no tendrán la consideración de terceros los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y los trabajadores

pasivos, es decir los pensionistas y prejubilados a los que el convenio ha modificado las prestaciones complementarias (STS 16-7-2003), por lo que carecen de legitimación para impugnar directamente la validez.

Están legitimados pasivamente todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio (art. 165.2 LJS).

La demanda contendrá, además de los requisitos generales, los particulares que se prevén para la comunicación de oficio, debiendo, asimismo, acompañarse el convenio y sus copias (art. 165.3 LJS) y la tramitación del juicio y la sentencia seguirán las mismas reglas ya expuestas para la comunicación de oficio.

E) Proceso de impugnación de estatutos sindicales e impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos

Se trata de dos modalidades procesales englobadas en el Capítulo X de la LJS bajo el título de impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o de su modificación. La primera de ellas, la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos está regulada en los artículos 167 a 172 LJS y la segunda, la impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales está regulada en los artículos 173 a 176 LJS.

a) Proceso de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito

El objeto de este proceso es la impugnación de la resolución de la oficina pública que rechace el depósito de los estatutos del sindicato presentados para su publicidad (art. 167.1 LJS). También se tramitarán por esta modalidad procesal la impugnación de la resolución de la oficina pública que rechace del depósito de la modificación de los estatutos de un sindicato ya constituido y con personalidad jurídica (art. 172.1 LJS) y de las asociaciones empresariales (art. 176 LJS).

El plazo para el ejercicio de la acción será de diez días hábiles a partir de aquel en que sea recibida la notificación de la resolución denegatoria expresa o transcurra un mes desde la presentación de los estatutos sin que hubieren notificado a los promotores defectos a subsanar (art. 168 LJS).

Están legitimados para impugnar la resolución administrativa los representantes del sindicato, pudiendo comparecer como coadyuvantes sus afiliados (art. 172.2 LJS).

A la demanda deberán acompañarse copias de los estatutos y de la resolución denegatoria, de haber ésta recaído expresamente, o bien copia acreditativa de la presentación de dichos estatutos (art. 169 LJS) y dentro del siguiente día hábil a la admisión de la demanda, el secretario judicial requerirá de la oficina pública competente el envío del expediente, que habrá de ser remitido en el plazo de cinco días (art. 170 LJS).

La sentencia, de estimar la demanda, ordenará de inmediato el depósito del estatuto sindical en la correspondiente oficina pública (art. 171 LJS). Por el contrario, si la sentencia es desestimatoria se convalidará la resolución denegatoria de la oficina pública.

b) Proceso de impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales

El objeto de esta modalidad procesal es que por parte del órgano judicial se declare no ser conforme a derecho los estatutos de los sindicatos, o sus modificaciones, que hayan sido objeto de depósito y publicación, tanto en el caso de que estén en fase de constitución como en el de que hayan adquirido personalidad jurídica (art. 173.1 LJS). Igualmente se tramitarán por esta modalidad procesal la impugnación de los estatutos de las asociaciones empresariales (art. 176 LJS) y las demandas de impugnación de estatutos sindicales en las que se invoque lesión de la libertad sindical o de otros derechos fundamentales (art. 182 LJS).

Están legitimados activamente el Ministerio fiscal y quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo (art. 173.1 LJS). Por su parte, están pasivamente legitimados los promotores del sindicato y los

firmantes del acta de constitución, así como quienes legalmente representen al sindicato, caso de haber ya adquirido éste personalidad jurídica (art. 173.2 LJS). El Ministerio fiscal será siempre parte en estos procesos (arts. 173.3 y 176 LJS).

Admitida la demanda, el secretario judicial requerirá a la oficina pública correspondiente la remisión de la copia autorizada del expediente, debiendo dicha oficina enviarla en el plazo de cinco días (art. 174 LJS).

Si la sentencia es estimatoria de la demanda declarará la nulidad de las cláusulas estatutarias que no sean conformes a Derecho o de los estatutos en su integridad (art. 175.1 LJS) y deberá ser comunicada a la oficina pública correspondiente (art. 175.2 LJS). Por el contrario, si la sentencia es desestimatoria confirmará la legalidad de los estatutos, por lo que continuarán desplegando todos sus efectos jurídicos.

IV. MODALIDADES PROCESALES DE CARÁCTER MIXTO

1. Caracterización

Estas modalidades procesales tienen como rasgos característicos los siguientes:

- No cabe la conciliación previa (tutela de derechos fundamentales y procesos de oficio), pero sí la reclamación administrativa previa en los procesos de prestaciones de Seguridad Social y el agotamiento de la vía administrativa en los procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales.
- La legitimación activa corresponderá a los trabajadores, sindicatos, secciones sindicales y delegados sindicales (tutela de derechos fundamentales), a la autoridad laboral e ITSS (procesos de oficio) y a las entidades gestoras, TGSS, SEPE en los procesos de revisión de actos declarativos de derechos, a los que beneficiarios o interesados (procesos de prestaciones de Seguridad Social) y los destinatarios del acto administrativo o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación (procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales).
- La legitimación pasiva corresponderá a los empresarios, asociaciones patronales, Administración Pública o cualquier entidad pública o privada (tutela de derechos fundamentales), al empresario y trabajadores afectados (procesos de oficio), a las entidades gestoras, TGSS y cuando éstas actúen de demandantes a los empresarios y trabajadores afectados y a la Administración o Entidad Pública autora del acto administrativo (procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales).
- La tramitación será urgente y preferente (tutela de derechos fundamentales) y se impulsará de oficio (procesos de oficio).
- La carga de la prueba corresponderá a la parte demandada (tutela de derechos fundamentales y procesos de oficio) y en los procesos de prestaciones de Seguridad Social a la parte demandante al igual que en los procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales.

2. Regulación

A) Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas

Esta modalidad procesal, regulada en los artículos 177 a 184 LJS [Capítulo 15, VI, 2, A)] ha venido a cumplir el mandato constitucional de que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE).

a) Objeto del proceso

El proceso quedará limitado al conocimiento de la lesión de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (art. 177 LJS).

La acción de este proceso no es acumulable con acciones de otra naturaleza o que teniendo idéntica pretensión se basen en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad (art. 178.1 LJS). No obstante, cuando la tutela del derecho fundamental deba realizarse necesariamente a través de las modalidades procesales de despido y de las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva (art. 184 LJS, según redacción dada por el art. 23.10 LEMURMEL).

No serán objeto de esta modalidad procesal las demandas de la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud, así como la del personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Entidades públicas autónomas que se rijan por normas administrativas o estatutarias, ya que de dichas demandas no conocen los órganos jurisdiccionales del orden social [arts. 3.*c*) LJS y 1.3.*a*) ET]. También está excluido de este proceso, el control de las infracciones de legalidad ordinaria que tienen su cauce en el proceso ordinario o en la correspondiente modalidad procesal (STS 21-6-1994).

b) Legitimación

Estarán legitimados activamente para iniciar este proceso:

- El trabajador que considere que se le ha lesionado un derecho fundamental (art. 177.1 LJS).
- El sindicato, cuando se produzcan conductas antisindicales o atentatorias de los derechos fundamentales que afecten al interés colectivo del grupo de trabajadores (arts. 175.1 LJS y 7 CE). También están legitimados activamente las secciones sindicales y los delegados sindicales, dado que dichas figuras son la proyección del sindicato en la empresa. Sin embargo, no estarán legitimados activamente, la representación unitaria de los trabajadores, al no tener vinculación directa con los sindicatos. En los supuesto que el trabajador actúe como parte principal, el sindicato al que éste pertenezca, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, podrán personarse como coadyuvantes, al igual que, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados (art. 177.2 LJS).
- La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas (art. 177.4 LJS). Ésta es una novedad introducida por la LJS, la cual faculta a la víctima el elegir la clase de tutela de las previstas en la ley.

La legitimación pasiva en este proceso corresponde al empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad pública o corporación pública o privada [art. 182.1.*b*) LJS], incluidos los sindicatos, cuya conducta haya supuesto una violación de los derechos fundamentales. Además la LJS ha incluido entre los legitimados pasivamente a los terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (art. 177.1 LJS).

El Ministerio fiscal será siempre parte en este tipo de procesos (art. 177.3 LJS).

c) Tramitación

La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal (art. 179.1 LJS).

La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho o libertad infringido (art. 179.2 LJS) y además de los requisitos generales, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada (STS 6-10-97 y 3-2-98) y la cuantía de la indemnización pretendida estableciendo las circunstancias relevantes para la determinación solicitada, gravedad, duración y consecuencias del daño o las bases de los perjuicios estimados para el trabajador (art. 177.3 LJS).

El juez o Tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse por esta modalidad procesal y no sean susceptibles de subsanación. No obstante, en virtud del principio de economía procesal, el juez o Tribunal está facultado para poder dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial caso de ser competente para el conocimiento de ambas, siempre que la demanda reúna los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento (art. 179.4 LJS).

d) Medidas cautelares

El actor podrá, en el escrito de demanda, solicitar:

- La suspensión de los efectos del acto impugnado, así como de las demás medidas necesarias para asegurar efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia (art. 180.1 LJS), la cual podrá ser concedida por el juez o Tribunal cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos (art. 180.2, primer párrafo, LJS).
- La suspensión de efectos del acto impugnado, cuando se invoque vulneración de libertad sindical, en los supuestos en que las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia transcendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación (art. 180.2, segundo párrafo, LJS).
- La adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los servicios mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas (art. 180.3 LJS).
- La suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo en los supuestos de acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación y cuantas otras

tiendan a preservar la efectividad de la sentencia, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste (art. 180.4 LJS).

Al día siguiente al de la admisión de la demanda, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, para que comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas (art. 180.5 LJS), acordando el órgano judicial de viva voz, mediante auto, las medidas oportunas para reparar la situación (art. 180.6 LJS).

e) Conciliación y juicio

Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, mediando un plazo mínimo de dos días entre la citación y su efectiva celebración (art. 181.1 LJS).

Respecto a la actividad probatoria, la peculiaridad de este proceso es que una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS y STC 38/91 y 87/98).

f) La sentencia

El juez o Tribunal dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes (art. 181.3 LJS).

La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos (art. 182.1 LJS).

- Si la sentencia es estimatoria de la demanda:
  - Declarará la nulidad radical de la conducta atentatoria contra el derecho fundamental.
  - Ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida cuando resulten exigibles a la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.
  - La reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo.
  - La reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera (art. 183 LJS) por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato. En este caso el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, que en su caso, corresponda a la parte demandada en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, salvo que el demandante haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no pudiendo reiterar la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social mientras no desista o haya sobreseimiento o absolución en resolución penal firme.
- Si la sentencia es desestimatoria de la demanda, el juez o tribunal deberá expresar necesariamente los motivos por los cuales considera que no existe violación del derecho fundamental.

En todo caso en la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente (art. 182.2 LJS).

B) Procesos de oficio

La característica de esta modalidad procesal es que sólo puede iniciarse a instancia de la Administración laboral competente, estando regulada en los artículos 148 a 150 LJS.

a) Objeto del proceso

Serán objeto del proceso de oficio las comunicaciones de la autoridad laboral dirigidas al Juzgado de lo Social, en los siguientes supuestos [arts. 148.*a*), *b*), *c*) y *d*) LJS]:

- Certificaciones de las resoluciones firmes a las actas de infracción de la ITSS en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.
- Cuando se apreciare, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción o extinción de contratos por razones de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción, así como cuando se estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación de desempleo.
- Cuando un acta de infracción o comunicación de la ITSS constate una discriminación por razón de sexo y en la misma se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente, así como cuando constate discriminaciones por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
- Cuando un acta de infracción o de liquidación de la ITSS relativa a inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores haya sido impugnada por el sujeto responsable en base a alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

b) Tramitación

En la demanda de oficio se consignarán los requisitos generales exigidos para las demandas de los procesos ordinarios, expresando las personas contra las que se dirige y la concreta condena que se pida frente a ella, los hechos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, y en concreto, aquellos que se estiman constitutivos de discriminación o de otro incumplimiento laboral. También se consignará el acuerdo de suspensión, reducción de jornada o extinción impugnado y la causa invocada, junto con la identificación de las partes que intervinieron en el mismo, precisando la concreta pretensión declarativa o de condena que se pide del órgano jurisdiccional (art. 149.1 LJS).

El secretario judicial examinará la demanda, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos formales exigidos, advirtiendo a la autoridad laboral, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca a fin de que sean subsanados en el término de diez días. Realizada la subsanación, admitirá la demanda. En otro caso, dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 150.1 LJS).

Admitida a trámite la demanda, se suspenderá el procedimiento administrativo (art. 148, último párrafo, LJS) y el proceso judicial será impulsado de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso [art. 150.2.*a*) LJS].

c) Conciliación, juicio y sentencia

La conciliación tan sólo podrá autorizarse por el secretario judicial o en su caso por el juez o Tribunal cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción [art.

150.2.*b*) LJS] y los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan sólo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados en presencia del inspector de trabajo que levantó el acta, o de la autoridad laboral [art. 150.2.*c*) LJS].

Respecto a la actividad probatoria la peculiaridad de este proceso radica en que las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada [art. 150.2.*d*) LJS].

Las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio [art. 150.2.*e*) LJS].

C) *Procesos en materia de prestaciones de Seguridad Social*

Esta modalidad procesal, regulada en los artículos 140 a 147 LJS, tiene dos tipos de particularidades: unas obedecen a criterios objetivos por razón de la materia y, otras a criterios subjetivos, dado que los entes que configuran la Administración institucional de la Seguridad Social pueden actuar como demandados o como demandantes.

a) Supuesto en que las entidades gestoras actúan como demandados

El objeto de estos procesos consiste en la pretensión del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, que previamente han sido denegadas por los organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. La LJS establece una serie de particularidades respecto a los procesos de impugnación de alta médica (art. 140.3 LJS), procesos de AT y EP (art. 142.1 LJS), procesos para la determinación de contingencia (art. 142.2 LJS) y procesos sobre faltas de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art. 142.2 LJS).

Con carácter general, para demandar al organismo gestor o a la entidad colaboradora de Seguridad Social en materia de prestaciones de Seguridad Social es preciso haber agotado la vía administrativa correspondiente (art. 140.1 LJS). En el supuesto de que en la demanda no se acredite tal extremo, el secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Una vez realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En caso de no haber sido subsanada, el secretario dará cuenta al juez o Tribunal para que resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 140.2 LJS).

Además de actuar como demandados (art. 140.1 LJS) las entidades gestoras y la TGSS podrán personarse y ser tenidas por parte, con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder, en los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad Social en los que tengan interés, por razón del ejercicio de sus competencias, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones (art. 141.1 LJS). El órgano jurisdiccional podrá solicitar de dichas entidades y organismos los antecedentes de que disponga en relación con los hechos objeto del procedimiento (art. 141.2 LJS).

En el momento de admitirse a trámite la demanda se reclamará a la entidad gestora o servicio común la remisión del expediente original o copia del mismo o de las actuaciones y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda, en plazo de diez días. Si se remitiera el expediente original, el secretario judicial lo devolverá a la entidad de procedencia, firme que sea la sentencia, dejando en los autos nota de ello (art. 143.1 LJS). La falta de remisión del expediente se notificará por el secretario judicial al director de la entidad gestora o del servicio común, a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario (art. 145 LJS).

El juicio se celebrará en el día señalado, aunque la entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o su copia, salvo que justificará suficientemente la omisión (art. 144.1 LJS). Si al demandante le conviniera la aportación del expediente, podrá solicitar la suspensión del juicio, para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días (art. 144.2 LJS). Si llegada la fecha del

nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrán tenerse por probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél (art.144.3 LJS).

Los procesos de impugnación de altas médicas tienen como particularidad de que no será exigible el previo agotamiento de la vía administrativa una vez terminado el plazo de trescientos sesenta y cinco días de la IT (art. 140.1 LJS). La demanda se dirigirá contra la entidad gestora o colaboradora, sin que sea preciso demandar al servicio público de salud, salvo cuando se impugne el alta emitida por los servicios médicos del mismo, ni a la empresa cuando se cuestione la contingencia [art. 140.3.*a*) LJS]. No podrán acumularse otras acciones, ni siquiera la reclamación de diferencias de prestación económica por IT [art. 140.3.*d*) LJS]. El proceso se tramitará de manera urgente y preferente [art. 140.3.*b*) LJS]. El acto de la vista se señalará dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, contra la que no cabe recurso, se dictará en el plazo de tres días y sus efectos se limitarán al alta médica impugnada, sin condicionar a otros procesos [art. 140.3.*c*) LJS]. La sentencia estimatoria del alta indebida dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo, en tanto no concurra la extinción de la misma, por el transcurso del tiempo o por otra causa legal de extinción [art. 140.3.*d*) LJS].

Las demandas por contingencias profesionales tienen la peculiaridad de que debe consignarse en las mismas el nombre de la entidad gestora o, en su caso, de la MATEP, debiendo el secretario judicial, antes del señalamiento del juicio, requerir al empresario para que en el plazo de cuatro días presente el concierto de la cobertura de dichas contingencias. Si transcurrido este plazo no lo presentara, vistas las circunstancias concurrentes y oyendo a la TGSS, el juez acordará el embargo de bienes del empresario en cantidad suficiente para asegurar el resultado del juicio (art. 142.1 LJS). Además en los procesos por accidentes de trabajo, en la resolución que admita a trámite la demanda, deberá solicitarse informe a la ITSS respecto a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización (art. 142.2 LJS) e igualmente se solicitará en los procesos para la determinación de contingencias o de faltas de medidas de seguridad en AT y EP (art. 142.2 LJS).

b) Supuestos en que las entidades gestoras actúan como demandantes

La LJS contempla dos supuestos en que las entidades gestoras y servicios comunes pueden actuar como demandantes: la revisión de los actos declarativos de derechos (art. 146 LJS) y la demanda del SEPE para que el empresario sea declarado responsable de las prestaciones de desempleo por fraude en la contratación temporal en los cuatro años anteriores en la misma empresa (art. 147 LJS).

a') Revisión de los actos declarativos de derechos

Las entidades gestoras o el FGS no están facultados para revisar sus propios actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, a tal fin deberán presentar ante el juzgado de lo social la oportuna demanda de revisión de derechos que deberá dirigirse contra el beneficiario del derecho (art. 146.1 LJS). No se considerarán revisión de derechos la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, las revisiones de los actos en materia de protección de desempleo y por cese de actividad de trabajadores autónomos siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa (art. 146.2 LJS). El plazo de prescripción de la acción de revisión será de cuatro años (art. 146.3 LJS) y la sentencia que declare la revisión del acto impugnado será inmediatamente ejecutiva (art. 146.4 LJS).

b') Impugnación de prestaciones por desempleo

El SEPE podrá dirigirse de oficio ante el Juzgado de lo Social demandando al empresario, que en los cuatro años anteriores a la solicitud de prestaciones de desempleo de un trabajador, hubiera suscrito con éste varios contratos temporales de forma abusiva o en fraude de ley, y que hubiesen generado el derecho al percibo de la prestación de desempleo. El *petitum* de la demanda consistirá en la condena al empresario a la devolución de las prestaciones de desempleo abonadas al trabajador, excepto la última, junto con las cotizaciones correspondientes (art. 147.1 LJS). La demanda, que reunirá los requisitos generales del proceso ordinario, deberá ir acompañada de la copia del expediente administrativo y deberá presentarse en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha de la última solicitud de la prestación de desempleo (art. 147.1, párrafos 2.º y 3.º, LJS). La tramitación de esta modalidad procesal tiene las siguientes especialidades:

- El empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte en el proceso, si bien no podrán solicitar la suspensión del proceso ni el trabajador desistir. Aun sin su asistencia, el procedimiento se seguirá de oficio [art. 147.3.*a*) LJS].
- Las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado [art. 147.3.*b*) LJS].
- La sentencia que estime la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva (art. 147.4 LJS) y se comunicará a la ITSS cuando adquiera firmeza (art. 147.5 LJS).

D) Proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales

Este proceso, regulado en el artículo 151 LJS, es una modalidad procesal específica introducida por la LJS, análoga al recurso contencioso administrativo que se tramitaba en dicho orden jurisdiccional, que sirve de cauce a la impugnación de los actos administrativos en materia laboral. Se rige por las reglas del proceso ordinario laboral, con las especialidades que a continuación se señalan y de manera supletoria por las normas reguladoras de la jurisdicción contenciosa administrativa.

a) Objeto del proceso

El objeto del proceso consiste en la impugnación de los actos administrativos en materia laboral emanados del Estado, CCAA, Entidades Locales u otras Administraciones u Organismos públicos (art. 151.1 LJS).

b) Legitimación

Están legitimados activamente para promover el proceso, los destinatarios del acto o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación (art. 151.5 LJS). También está legitimada para impugnar un acto administrativo declarativo de derechos la propia Administración autora del mismo, previa declaración de lesividad para el interés público y en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de declaración de lesividad, excluyéndose de esta modalidad procesal la revisión de los actos declarativos de derechos por las entidades u organismos gestores y servicios comunes en materia de Seguridad Social y desempleo que se regirán por la modalidad procesal de prestaciones de la Seguridad Social (art. 151.10 LJS).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración o Entidad pública autora del acto (art. 151.5 LJS). También estarán legitimados pasivamente:

- Los empresarios y los trabajadores afectados o los causahabientes de ambos, así como aquellos terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación y quienes pudieran haber resultado perjudicados por los mismos, en especial cuando se trate de enjuiciar hechos que pudieran ser constitutivos de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 151.5, segundo párrafo, LJS).
- La víctima, en los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso laboral sexual o por razón de sexo, la cual no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad (art. 151.5, tercer párrafo, LJS).
- Los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquellos con implantación en el ámbito de efectos del litigio, y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa, en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones (art. 151.6 LJS).

c) Tramitación

Con la demanda deberá acreditarse, en su caso, el agotamiento de la vía administrativa, salvo que se interponga demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical (arts. 151.2 y 70.2 LJS).

En la demanda se identificará con precisión el acto o resolución objeto de impugnación y la Administración Pública o Entidad de derecho público contra cuya actividad se dirija el recurso y se hará indicación, en su caso, de las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante (art. 151.3 LJS).

En caso de omitirse los requisitos anteriores, el secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En otro caso, dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión (art. 151.4 LJS).

El plazo de interposición de la demanda será de dos meses computados a partir de la notificación de la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma, o desde que se debe entender agotada la vía administrativa en los demás casos (arts. 151.7 y 69.2 LJS). No obstante, para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical el plazo será de veinte días desde el siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución cuando la lesión al derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa (arts. 151.7 y 70.2 LJS).

Por lo que respecta al señalamiento a juicio, reclamación del expediente administrativo y emplazamiento se seguirán los mismos trámites que en el proceso de prestaciones de la Seguridad Social (art. 151.8 en relación con los arts. 143 a 145 LJS).

d) Medidas cautelares

Con carácter general los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la suspensión del acto o resolución administrativos recurridos y en general cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda (art. 152.1 LJS).

Esta solicitud de medida cautelar se resolverá por el juez o Tribunal mediante Auto, una vez oídas las partes por tres días, salvo que concurran razones de especial urgencia, en cuyo caso se podrá anticipar la medida sin perjuicio de la posterior audiencia de las partes. El juez o Tribunal podrá denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

De una manera específica, la LJS regula las medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de resoluciones de la autoridad laboral sobre paralización de trabajos por riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud. A tal efecto, el trabajador o trabajadores afectados, su representación unitaria o sindical y el empresario interesado podrán solicitar el alzamiento, mantenimiento o adopción de la medida en los términos del apartado anterior (art. 152.2 LJS).

Esta medida cautelar se tramitará por el juez o Tribunal, previa citación al empresario y a los trabajadores afectados o a sus representantes a una audiencia en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, al tiempo que se requiere a la ITSS la aportación dentro del mismo plazo de las actuaciones que hubiera practicado al respecto y, en caso de considerarlo necesario, la presencia en la audiencia del funcionario que hubiera ordenado la paralización, así como de los técnicos que le hubieren asistido.

En este procedimiento podrán personarse las entidades gestoras, colaboradoras y servicios públicos de salud, en relación con las responsabilidades empresariales que pudieran derivarse del incumplimiento de la paralización de los trabajos acordada por la autoridad laboral (art. 195 LGSS) y solicitar las medidas cautelares que procedan en orden al aseguramiento de las prestaciones que deban dispensar o anticipar las citadas entidades. Los trabajadores y su representación unitaria o sindical podrán igualmente solicitar la adopción de las mismas medidas cautelares en relación con el referido aseguramiento.

e) Sentencia

La sentencia efectuará los pronunciamientos que correspondan según las pretensiones oportunamente formuladas por las partes y, en concreto (art. 151.9 LJS):

- Declarará la inadmisibilidad de la demanda por carencia de jurisdicción, por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquélla fuera del plazo establecido o cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal, así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.
- Desestimará la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.
- Estimará la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.
- En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponerse la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción. La declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo.

La redacción primitiva de la LJS preveía el supuesto y los efectos (art. 151.11) de que una sentencia dejare sin efecto una resolución administrativa por la que se hubieren extinguido contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Este apartado de la LJS, sin embargo, fue suprimido de raíz por la versión originaria de la denominada reforma laboral de 2012 (art. 28.Ocho del RDL MURMEL) ignorando de esta manera la subsistencia de las resoluciones administrativas de extinción de contratos de trabajo derivadas de fuerza mayor, lo que ha motivado que con la promulgación de la LEMURMEL se haya subsanado la deficiencia técnica y se haya vuelto a la redacción primitiva de LJS,

pero limitando estrictamente el supuesto a sentencias que dejen sin efecto resoluciones administrativas de extinción de contratos derivadas de fuerza mayor (art. 151.11 LJS, según redacción dada por el art. 23.Ocho LEMURMEL).

En el supuesto citado, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente. En caso de que no ejercite la opción, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En cualquiera de los casos anteriores, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir, con deducción de los que hubiere recibido desde la extinción y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización. De no readmitir el empresario al trabajador o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste podrá instar la ejecución de la sentencia en los veinte días siguientes (art. 151.11 LJS). Si la resolución administrativa se dejase sin efecto por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir y podrán, en su caso, instar la ejecución (art. 151.11, párrafo 3.º, LJS). De haber percibido el trabajador prestaciones por desempleo, se estará a lo previsto en el artículo 209.5 LGSS, en función de que haya tenido lugar o no la readmisión del trabajador (art. 151.11, último párrafo, LJS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Modalidades procesales: fundamento y clases

AAVV: *El proceso laboral. Estudio en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa*, Valladolid, 1991.

— *El proceso laboral y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

Cavas Martínez, F.: «La reforma procesal de 2009-2010: cambios en la sustanciación de las modalidades procesales», *AS*, n.º 21/2010.

González González, C.: «Novedades principales introducidas en el proceso laboral por la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial», *RAD*, n.º 10/2009.

Martínez Moya, J.: «La reforma del proceso laboral en 197 preguntas», *AS*, n.º 5/2010.

Morando, J. M.: *Procesos urgentes en el Derecho del trabajo*, Guadalajara, 2006.

Roca Martínez, J.M.: « Primeras reflexiones sobre las modalidades procesales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (I)». *RL* nº 6/2012.

Sospedra Navas, F. J. (coord.): *Proceso Laboral.* Tomo II. *Modalidades procesales. Ejecución de sentencias. Arbitraje laboral*, Pamplona, 2010.

Ugalde González, A., y Belmonte Navarro, J.: *Estudio sistemático sobre los procesos laborales*, Madrid, 2009.

Zumalacárregui Pita, L.: «Modificaciones operadas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en materia de conciliación y actos de juicio. Las diferentes modalidades procesales tras la uneva Ley». *Diario La Ley* nº 7744/2011.

II. Modalidades procesales de carácter individual

Álvarez Alonso, D.: «Despido discriminatorio por razón de orientación sexual», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 10/2006.

Arias Domínguez, A.: «La Modalidad Procesal de Clasificación Profesional», *Cuadernos de Aranzadi Social*, n.º 11/2001.

Azagra Solano, M.: «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor», *RAD*, n.º 1/2010.

Bidón y Vigil de Quiñones, J. I.: *Formas de despido y vicisitudes procesales*, Granada, 2002.

Buendía Jiménez, J. A.: «Los cauces procesales para la impugnación de las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *AS*, n.º 3/2001.

Castro Mejuto, L. F.: *La acción constitutiva en los procesos laborales*, La Coruña, 2010.

Charro Baena, C.: «La concreción del horario laboral del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares», *AS*, n.º 10/2000.

Fernández Marques, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el Derecho español*, Pamplona, 2007.

Folgoso Olmo, A.: «La retractación empresarial tras el despido y la limitación de salarios de tramitación», *AS*, n.º 9/2012.

González de Lena Álvarez, F.: «Clasificación profesional del trabajador», *AL*, tomo 3, 1993.

Lousada Arochena, J. F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», *AL*, n.º 26/2003.

Luis Carrasco, J. M.: «Causas económicas justificativas del despido objetivo: interpretaciones en la segunda fase», *AS*, n.º 10/2012.

Malo Ocaña, M. A., González Sánchez, J. J.: *Análisis comparado de los procedimientos de despido: perspectiva económica y jurídica*, Madrid, 2010.

Martínez Abascal, V. A.; Pérez Amorós, F., y Rojo Torrecilla, E.: «La modalidad procesal del despido y sus efectos en la Ley de Procedimiento Laboral», *RL*, tomo 1, 1991.

Miranzo Díez, J. J.: «Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir», *AS*, n.º 10/2009.

Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J.; Luján Alcaraz, J.; Cavas Martínez, F.; Sempere Navarro, A. V.; Rios Salmerón, B., y Cámara Botía, A.: *Comentarios al artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral*, Pamplona.

Municio del Amo, A., y Pineros Gil, A.: *Modalidades procesales del despido: un estudio jurisprudencial*, Madrid, 2009.

Peñacoba Rivas, E., y Carbonell, J.: «Sobre la prueba del acoso sexual en procesos por despido», *AS*, n.º 9/2012.

Pérez Alcaraz, S.: «Despido objetivo por causas organizativas y productivas durante la vigencia de un ERE suspensivo. La conducta del "buen comerciante" como parámetro de fiscalización judicial de la decisión extintiva empresarial», *AS*, n.º 9/2012.

Roa Rico, L. F.: «Proceso especial de clasificación profesional: puntos críticos», *AL*, tomo 3, 1992.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Incapacidad temporal y derecho a vacaciones», *RL*, n.º 8/2009.

Rubio de Medina, M. D.: «El proceso de impugnación de sanciones», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre movilidad geográfica», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre clasificación profesional», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso para fijar la fecha de disfrute de las vacaciones», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.e>s, 2012.

— «La reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios de despido», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

San Martín Rodríguez, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A. V.: «Litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de acoso», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 10/2008.

Sirvent Hernández, N.: «La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad», *AS*, n.º 10/2012.

Valle Muñoz, F. A.: *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Granada, 2002.

— « la reforma del proceso judicial de clasificación profesional». *AL* nº 13/2012

III. Modalidades procesales de carácter colectivo

Ayala del Pino, C.: «Impugnación del proceso electoral: alcance de los artículos 4.1.*g*); 62.1, 63.2, 75.6 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 25.*i*), 26.1 y 38.3 del Real Decreto 1.844/1994», *AS*, n.º 13/2001.

Bejarano Hernández, A.: «El proceso de conflictos colectivos», *AS*, n.º 9/2009.

Cabeza Pereiro, J.: «La impugnación por lesividad de los Convenios Colectivos», *REDT*, n.º 69/1995.

Fernández Domínguez, J. J., y Álvarez Cuesta: «La Administración puede ser tercero legitimado para impugnar un Convenio Colectivo que lesione su interés», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 6/2003.

García Becedas, G.: «La impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación (Comentario breve de los artículos 164 a 173 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990)», *RL*, tomo 2, 1991.

García Muñoz, M.: *Procesos de elecciones sindicales y laudos arbitrales*, Madrid, 2002.

García Paredes, M. L.: «Despido por fuerza mayor extinción en el concurso de acreedores», *AS*, n.º 9/2012.

García Piñeiro, N. P.: «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la resolución administrativa que deniega el depósito de los estatutos de una Asociación Profesional-Associació Professional Taula D'autonoms de Catalunya», *AS*, n.º 3/2006.

Luján Alcaraz: «La modalidad procesal de conflicto colectivo y la noción de interés colectivo», *AS*, vol. III, paráf. 50.

Maneiro Vázquez: «La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012». *AL* nº 3/2013

Martín Jiménez, R.: «Despido colectivo y discriminación sindical», *AS*, n.º 9/2012.

Martín Rivera, L.: «Impugnación en vía judicial de laudo dictado en arbitraje obligatorio», *AS*, n.º 4/2008.

Martín Valverde, A., y García Murcia, J.: «La impugnación de los convenios colectivos de trabajo», *REDT*, n.º 24/1985.

Martínez Abascal, V. A.: «El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la función pública», *RL*, n.º 2/1988.

Rivera Sánchez, J. R.: «El control de legalidad de los convenios colectivos estatutarios por incumplimientos del procedimiento de negociación y la adecuación de la vía de oficio», *AS*, n.º 18/2005.

Rojas Rivero, G. P.: «La afectación a través de un ERE del derecho de libertad sindical individual», *AS*, n.º 9/2012.

Rubio de Medina, M. D.: «¿Impugnación de estatutos sindicales o de acuerdos congresuales?», *AS*, n.º 17/2009.

— «El proceso de impugnación de convenios colectivos», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso de conflictos colectivos», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre material electoral», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso de impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

Sánchez Pego, F. J.: «Algunas consideraciones generales sobre la modalidad procesal en materia electoral», *Diario La Ley*, tomo 3, 1996.

Sempere Navarro, A. V.: «Posibilidad de impugnar un Convenio Colectivo durante toda su vigencia», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 1/2007.

Ureste García, C. R.: «Ámbito aplicativo del plazo de prescripción para impugnar convenios colectivos», *AS*, n.º 1/2008.

Valle Muñoz, F. A.: «La impugnación judicial del acto de extensión y del convenio colectivo extendido: problemas de jurisdicción», *RJC*, n.º 3/1999.

IV. Modalidades procesales de carácter mixto

Alcántara Colón, J. M.: «Los litigios con la Seguridad Social», *Diario La Ley*, tomo I, 1995.

Aleman Cano, J.: *Los procesos de oficio*, Granada, 2003.

Baz Tejedor, J. A.: *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Trabajo*, Valencia, 2006.

Berrocal Jaime, A.: «La protección jurisdiccional de la pensión de jubilación», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «La tutela judicial de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre incapacidad temporal», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre incapacidad permanente», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

Borrajo Dacruz, E.: «Lesión de libertad sindical e indemnización por daños», *AL*, n.º 4/2009.

Chocrón Giráldez, A.: «Elección del fuero competencial aplicable en los procesos sobre reintegro de prestaciones por desempleo en casos de contratación temporal fraudulenta», *AS*, n.º 6/2006.

— «La nueva modalidad procesal en materia de seguridad social *ex* artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral», *AS*, n.os 7/2003 y 8/2003.

— «Petición indemnizatoria del trabajador derivada de la vulneración de derechos fundamentales», *AS*, n.º 19/2003.

Delgado Sainz, F. J.: «La modalidad procesal de Seguridad Social», *AL*, tomo 2, 1992.

Gallego Moya, F.: «Conducta antisindical de una empresa y un sindicato en la exclusión de otro sindicato en la negociación de un convenio extraestatutario», *AS*, n.º 20/2004.

García Testal, E.: «Sobre el objeto de la modalidad procesal de tutela y la posible vulneración del derecho de libertad sindical de delegado sindical», *AS*, n.º 17/2008.

Jiménez Sánchez, J. J.: «Algunas reflexiones sobre la normativa reguladora de la modalidad procesal de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales», *Diario La Ley*, tomo 5, 1996.

Maneiro Vázquez, Y.: «El proceso de tutela de derechos fundamentales como medio adecuado para impugnar la sanción impuesta por un sindicato a uno de sus afiliados», *AS*, n.º 1/2008.

— *La tutela de los Derechos Fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña, 2007.

Martín Jiménez, R., y Sempere Navarro, A. V.: «Sobre el procedimiento de oficio», *AS*, 5/2000 y 6/2000.

Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J.; Luján Alcaraz, J.; Cavas Martínez, F.; Sempere Navarro, A. V.; Rios Salmerón, B., y Cámara Botía, A.: *Comentarios al artículo 175 de la Ley de Procedimiento Laboral*, Pamplona.

Orcara Reviriego, J. J.: *Intervención administrativa de oficio ante la jurisdicción social*, Valencia, 2011.

Rivas Vallejo, M. P.: *Los procesos en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Pamplona, 2002.

Rubio de Medina M. D.: «El proceso sobre Seguridad Social», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso sobre prestaciones por desempleo», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El proceso de tutela de los derechos de libertad sindical», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

— «El procedimiento de oficio», *Biblioteca on line Bosch*, <http://www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

Sempere Navarro, A. V.: «Iniciación de procedimiento de oficio ante presunta cesión ilegal de trabajadores», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 10/2004.

Sogorb Baraza, J.: «Reclamación al Estado del pago de los salarios de tramitación en juicios de despido. Límite temporal. Especial referencia al supuesto de sucesión empresarial declarada en trámite incidental de ejecución de sentencia», *AS*, vol. II, paráf. 31.

Tolosa Tribiño, C.: «El nuevo procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social», *AS*, n.º 1/2012.

CAPÍTULO 27: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Los medios de impugnación son un instrumento procesal a través del cual las partes de un proceso tienen la posibilidad de revisar las resoluciones judiciales. Esto es una consecuencia directa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Estos medios de impugnación en el orden social de la jurisdicción tienen ciertas peculiaridades, como son la instancia única, con la que se quiere resaltar que con el recurso se abre un nuevo proceso cuyo objeto es la impugnación de la sentencia; y el doble grado de jurisdicción, propio del recurso de suplicación y casación, cuyo conocimiento corresponde al órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que dictó sentencia.

En el presente capítulo se van a estudiar las tres clases de medios de impugnación: los remedios; los recursos y la impugnación de la cosa juzgada.

Los remedios son medios de impugnación que se caracterizan por sustanciarse ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó sentencia. Tradicionalmente existían en nuestra norma procesal laboral dos tipos de remedios: el de reposición y el de súplica. Sin embargo, tras la promulgación de la LINOJ, desapareció de la extinta LPL la regulación del remedio de súplica, armonizándose de esta manera la norma procesal laboral con la LEC que ya en el año 2000 había suprimido el recurso de súplica civil. De una manera breve se puede decir, que el remedio de reposición se interpone contra las resoluciones dictadas en cuestiones incidentales, o de ordenación del procedimiento o en cuestiones puramente procedimentales, y su conocimiento corresponde al secretario judicial (diligencias de ordenación y decretos no definitivos) o al juez (providencias y autos).

Los recursos son medios de impugnación que se interponen ante el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. Dentro de los recursos se estudiarán el de suplicación, casación ordinaria, casación para la unificación de doctrina y el de queja. De una manera sistemática, respecto a cada uno de ellos, se abordará su regulación; las resoluciones recurribles, los motivos del recurso, la tramitación y la sentencia. Ahora, con el objeto de dar una visión lo más general posible se comentará la finalidad de cada recurso. El de suplicación se interpone, ante las Sala de lo Social del TSJ, contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social y contra las resoluciones dictadas por los jueces de lo mercantil que afecten al derecho laboral. El de casación se interpone, ante la Sala IV del TS, contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los TSJ y las Salas de lo Social de la AN y contra los actos administrativos atribuidos a la jurisdicción social dictados por el Consejo de Ministros. El de casación para la unificación de la doctrina se interpone, ante la Sala IV del TS, contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ. Y el de queja se interpone contra los autos de inadmisión del anuncio del recurso

de suplicación y de inadmisión de la preparación de los recursos de casación ordinaria y de casación para la unificación de la doctrina.

Las impugnaciones de la cosa juzgada son medios de impugnación que se caracterizan porque van dirigidas contra una sentencia firme. De una manera sistemática se estudiará para cada impugnación los supuestos previstos para la misma, las resoluciones recurribles, su tramitación y la sentencia. Entre estas impugnaciones se pueden destacar la audiencia del demandado rebelde, la nulidad de actuaciones, el error judicial y la revisión de sentencias firmes. De manera muy breve, en pos de una visión general, la audiencia del demandado rebelde tiene como finalidad el evitar la indefensión del demandado que no hubiera tenido conocimiento del proceso seguido contra él. La nulidad de actuaciones tiene como finalidad el reaccionar frente a actuaciones procesales que han de ser reputadas nulas de pleno derecho. El error judicial tiene por objeto aclarar los conceptos oscuros de las resoluciones judiciales, rectificar los errores materiales y subsanar las omisiones y defectos de las mismas. Y, por último, la revisión de sentencias firmes tiene como objeto reaccionar contra las mismas por los motivos tasados por Ley (aparición de documentos decisivos después de pronunciada la sentencia, documentos declarados falsos con anterioridad a la sentencia y que eran desconocidos por una parte, o con posterioridad a la mima, sentencia basada en pruebas testificales o periciales cuando los peritos y los testigos hubiesen sido condenados por falso testimonio y en los supuestos de cohecho, violencia o maquinaciones fraudulentas).

I. CARACTERIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

1. Concepto

Los medios de impugnación están regulados en el Libro III de la LJS y son una consecuencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (SSTC 2/1986; 19/1983 y 129/1990), aunque ello no implique el derecho a una doble instancia (SSTC 51/1982 y 69/1987), ya que en ellos no puede revisarse la totalidad de los medios probatorios (STS 18-11-1999).

En un sentido amplio, la doctrina define los medios de impugnación como los instrumentos legales puestos a disposición de las partes para intentar la modificación o anulación de las resoluciones judiciales.

Estos medios de impugnación tienen una triple finalidad: ofrecer a las partes la posibilidad de que la resolución judicial sea revisada, procurar la formación de jurisprudencia y homogeneizar los criterios de interpretación y aplicación de los distintos órganos judiciales.

Por su parte, los medios de impugnación en el orden social de la jurisdicción se caracterizan por dos tipos de notas:

- La instancia única, con la que se quiere señalar que no cabe una prolongación o repetición del proceso, que quedó concluso al dictarse sentencia, sino que con el recurso se abre otro nuevo proceso cuyo objeto es la impugnación de la sentencia u otras resoluciones judiciales.
- El doble grado de jurisdicción implica que hay una serie de recursos: suplicación y casación, cuyo conocimiento corresponde al órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que dictó la resolución inicial.

2. Clases de medios de impugnación

Con el nombre genérico de medios de impugnación la LJS regula dos tipos:

- Los remedios, que se sustancian ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia.
- Los recursos, que se interponen ante el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior.

Además de esta clasificación legal, la doctrina ha clasificado los medios de impugnación en los siguientes grupos:

- Devolutivos y no devolutivos: Los primeros son aquellos que conoce un órgano judicial distinto y superior al que dictó sentencia (suplicación, casación y revisión), mientras que de los no devolutivos conoce el mismo órgano que dictó la resolución (reposición).
- Ordinarios y extraordinarios: Los primeros, que no tienen cabida en el orden social de la jurisdicción, son aquellos que no tienen motivos tasados por ley para su interposición (recurso de apelación civil), mientras que los extraordinarios solamente se pueden interponer por las causas establecidas en la ley (suplicación y casación).
- Atendiendo a la firmeza o no de la resolución impugnada: Los primeros, se interponen contra resoluciones judiciales que han adquirido el carácter de firmeza (revisión), mientras que los segundos se interponen contra resoluciones judiciales que no han adquirido el carácter de firmeza (suplicación y casación en sus dos modalidades).

II. REMEDIOS

1. Reposición

A) Concepto

El recurso de reposición es un remedio, no devolutivo, cuya interposición está prevista para la impugnación de las providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos no definitivos (art. 186.1 y 2 LJS), excepto en los procesos de conflictos colectivos, materia electoral, los que versen sobre el ejercicio de conciliación de la vida personal familiar y laboral y en los de impugnación de convenios colectivos, en los que no habrá lugar al recurso de reposición, sin perjuicio, en su caso, de poder efectuar la alegación correspondiente en el acto de la vista (art. 186.4 LJS).

B) Finalidad

La finalidad del remedio o recurso de reposición es propiciar la revisión de las resoluciones dictadas en cuestiones incidentales, o bien en la ordenación del procedimiento o en la resolución de cuestiones puramente procedimentales.

C) Competencia para conocer y resolver

Son competentes para conocer del recurso de reposición:

- El secretario judicial que dictó la diligencia de ordenación y decreto no definitivo (art. 186.1 LJS), salvo en los casos en que la ley prevea el recurso directo de revisión.
- El juez o Tribunal que dictó la providencia y auto (art. 186.2 LJS).

D) Tramitación

El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de tres días contra las resoluciones dictadas en procedimientos seguidos ante un órgano unipersonal y de cinco días contra las resoluciones dictadas en procedimientos seguidos ante un órgano colegiado, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (art. 187.1 LJS), sin que sea necesaria actividad probatoria, ni aportación de documentos.

La interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (art. 186.3 LJS).

La no presentación, en tiempo y forma, dará lugar a su inadmisión. Ésta se hará de dos formas: mediante providencia no susceptible de recurso, en los casos de recurso frente a providencias y autos, y mediante decreto directamente recurrible en revisión en los casos de recurso contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos (art. 187.2 LJS).

Una vez admitido a trámite el recurso de reposición, por el secretario judicial se concederá a las demás partes personadas un plazo común de tres o cinco días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano que haya dictado la resolución recurrida para impugnarlo, en caso de que lo estiman conveniente (art. 187.3 LJS). Transcurrido el plazo de impugnación, háyanse o no presentado escritos, el juez o Tribunal si se tratara de reposición interpuesta frente a providencias o autos, o el secretario judicial si hubiera sido formulada frente a diligencias de ordenación o decretos, resolverán sin más trámites mediante auto o decreto, respectivamente, en un plazo de tres o cinco días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano (art. 187.4 LJS).

E) Recurso contra su desestimación

Contra el auto resolutorio del recurso de reposición no cabrá nuevo recurso (STS 11-5-92; 27-6-96 y 26-7-93), salvo en los supuestos expresamente establecidos en la presente Ley, sin perjuicio poder efectuar la alegación correspondiente en el acto de la vista o, en su caso, de la responsabilidad civil que en su caso proceda (art. 187.5 LJS).

Asimismo, no se dará recurso alguno contra el decreto resolutivo de la reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva. No obstante, cabrá el recurso directo de revisión (art. 188.1, segundo párrafo, LJS) en los siguientes supuestos:

- Contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.
- Contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea.

Este recurso de revisión deberá interponerse en el plazo de tres o cinco días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano que haya dictado la resolución recurrida, mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido. Si se cumplen los requisitos de forma y plazo, el secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, lo admitirá, concediendo a las demás partes personadas un plazo común de tres o cinco días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano que haya dictado la resolución, para impugnarlo si lo estiman conveniente. Si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, el juez o Tribunal lo inadmitirá mediante providencia. Una vez transcurrido el plazo para su impugnación, háyanse presentado o no escritos, el juez o Tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de tres o cinco días, según el carácter unipersonal o colegiado del órgano que haya dictado la resolución recurrida (art. 188.2 LJS).

Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno. Sin embargo, contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión únicamente cabrá recurso de suplicación o de casación cuando así expresamente se prevea en esta Ley (art. 188.3 LJS).

2. El extinto recurso de súplica

Este recurso estaba regulado en el artículo 185 LPL y tenía por objeto la impugnación de las providencias que no eran de tramitación y los autos dictados por las Salas de lo Social de los TSJ, AN y TS. Sin embargo, la reforma operada en la extinta LPL tras la LINOJ omitió su regulación, siguiendo el camino emprendido por la LEC, que ya en el año 2000 había suprimido el recurso de súplica civil. Por su parte, la LJS tampoco lo regula.

III. RECURSOS

1. Suplicación

A) Regulación

El recurso de suplicación se encuentra regulado en el Título II del Libro III de la LJS, concretamente entre los artículos 190 a 204, y también por las disposiciones comunes compartidas con el recurso de casación, contenidas en los artículos 229 a 235 LJS.

B) Resoluciones recurribles

Las resoluciones recurribles en suplicación están tasadas por Ley y por los motivos que en ellas se establecen (art. 190.2 LJS), por lo que se está ante un recurso de carácter extraordinario (STS 9-3-92 y 14-11-97), perfectamente coherente con el principio de celeridad que inspira el proceso laboral. Además, en este recurso se dan las dos notas características de instancia única y doble grado de jurisdicción, ya expuestas en otro lugar de este tema.

Con carácter general, son resoluciones recurribles en suplicación, ante las Salas de lo Social de los TSJ, las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como los autos y sentencias que puedan dictar los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral (art. 190.1 LJS).

De una manera particular, son recurribles en suplicación (art. 191.1, 3 y 4 LJS):

- Las sentencias dictadas por los juzgados de lo social que versen sobre:
  - Reclamaciones cuya cuantía litigiosa exceda de 3.000 euros. A tal efecto, para la evaluación económica de las pretensiones se tendrán en cuenta las siguientes reglas: Si fuesen varios los demandantes o algún demandado reconviniese, la cuantía litigiosa la determinará la reclamación cuantitativa mayor sin interés y recargos por mora (art. 192.1 LJS) y si el actor formulase varias pretensiones y reclamare cantidad por cada una de ellas, se sumarán todas para establecer la cuantía y si en un mismo proceso se ejercitaren una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario (art. 192.2 LJS).
  - Procesos por despido o extinción del contrato, salvo en los procesos por despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores, según la modificación llevada a cabo por el artículo 24.2 LEMURMEL. Por lo tanto, hay que entender por el término despido no solamente el disciplinario, sino también la extinción por causas objetivas, no reingreso por excedencia, naturaleza del contrato de fijos discontinuos, jubilación o muerte del empresario, terminación del contrato temporal.
  - Reclamaciones, acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. La noción de afectación general se ha establecido jurisprudencialmente (STS 3-10-2003) con criterios restrictivos, pero precisos. Así para que exista afectación general no es preciso que se incoen muchos procedimientos sobre la cuestión; la notoriedad basta que quede manifestada por la peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas y en cuanto a la evidencia compartida entre las partes se explica porque ninguna de ellas se haya opuesto.
  - Procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable.

El TS viene manteniendo el criterio restrictivo de que sólo se puede acceder al recurso de suplicación por discrepancias relativas al nacimiento o extinción de las prestaciones de tal naturaleza, pero no a los aspectos cuantitativos de las mismas que se regirán por el criterio cuantitativo.

- Reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y haya producido indefensión. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre el defecto procesal invocado. Será preciso, pues, el cumplimiento de los siguientes requisitos: que se cite el precepto procesal supuestamente infringido, que se haya producido la violación de dicho precepto, que se trate de una norma esencial y que se haya formulado en tiempo y forma la protesta y que el defecto haya generado indefensión.
- Contra sentencias que decidan la falta de jurisdicción por razón de la materia o de competencia territorial o funcional. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación la sentencia resolverá sólo sobre la jurisdicción o competencia.
- Contra las sentencias dictadas en materia de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.
- Contra las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral no comprendidas en apartados anteriores cuando no sean susceptibles de valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de 18.000 euros.

- Los autos dictados por el juzgado de lo Social:
  - Que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el órgano jurisdiccional, antes del acto del juicio, declare la falta de jurisdicción o de competencia por razón de la materia, de la función o del territorio.
  - Que resuelvan el recurso de reposición, o en su caso de revisión, interpuesto contra la resolución que disponga la terminación anticipada del proceso en los siguientes supuestos:

Satisfacción extraprocesal o pérdida sobrevenida de objeto.

Falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal o incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio, siempre que, por caducidad de la acción o de la instancia o por otra causa legal, no fuera jurídicamente posible su reproducción ulterior.

- Que decidan el recurso de reposición y de revisión dictados unos y otros en ejecución definitiva de sentencia u otros títulos, siempre que la sentencia hubiere sido recurrible en suplicación o que, de tratarse de ejecución derivada de otro título, en el que, de haber dado lugar a sentencia, la misma hubiere sido recurrible en suplicación, en los siguientes supuestos:
  - Cuando denieguen el despacho de ejecución.
  - Cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.
  - Cuando pongan fin al procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo.

En los mismos casos, procederá también recurso de suplicación en ejecución provisional si se hubieran excedido materialmente los límites de la misma o se hubiera declarado la falta de jurisdicción o competencia del orden social.

- Los autos y sentencias dictados por los juzgado de lo mercantil en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral.

C) Resoluciones no recurribles

No son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos siguientes (art. 191.2 LJS):

- Impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente. Esta excepción sigue la regla general de que los procesos de sanciones no tienen acceso al recurso (STC 3/1983 y 125/1995), no obstante, *a sensu contrario*, si cabría suplicación en los casos de faltas muy graves apreciadas judicialmente.
- Vacaciones. Esta excepción no alcanza a las sentencias relativas a otras cuestiones relacionadas con las vacaciones, como la duración, pago o compensación, sino solamente a la fecha de su disfrute. En los casos de acumulación de acciones que afectan a la fecha y las otras cuestiones, se seguirá el trámite del proceso ordinario y se podrá acceder al recurso de suplicación.
- Materia electoral, ya afecte a la tramitación del proceso electoral o a su resultado, salvo los de impugnación de las certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales expedidos por la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral.
- Clasificación profesional (STS 22-9-1998 y 1-2-2001), salvo en el supuesto de acumulación de la acción de clasificación profesional con la de reclamación de cantidad (art. 26.4 LJS), cuando las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación (art. 137.3 LJS y STS 5-11-1997).
- Movilidad geográfica, salvo los de carácter colectivo; los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo salvo cuando tengan carácter colectivo; los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación y en los de suspensiones y reducciones de jornada que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos para el despido colectivo. Este apartado ha sido modificado por el artículo 24 LEMURMEL.
- Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, relativos a la concreción horaria y a su período de disfrute, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimientos de daños y perjuicios [art. 139.1.*a*) LJS] que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación.
- Reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros.
- Impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de IT que viniere percibiendo el trabajador.

D) Objeto del recurso

El recurso de suplicación tendrá por objeto (art. 193 LJS):

a) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión

El quebrantamiento de forma, como motivo del recurso de suplicación, exige que por la parte recurrente se invoque la vulneración de una norma procesal por la sentencia recurrida; que dicha norma se haya vulnerado efectivamente (STS 23-10-1993); que haya ocasionado una indefensión trascendente para los

intereses de parte; que no sea alegada por la parte que la motivó (STC 159/1988 y 48/1990) y que la parte recurrente haya formulado protesta en tiempo y forma para que dicha infracción procesal no pueda considerarse consentida.

En el supuesto de que prosperara el recurso, el TSJ acordará la nulidad de las actuaciones, sin entrar en el fondo, ordenando reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si la misma se hubiera producido en el acto del juicio, los autos se repondrán al momento de su señalamiento (art. 202.1 LJS).

b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas

Este segundo motivo de recurso no tiene carácter autónomo, sino que necesariamente debe ir acompañado del motivo por infracciones de normas sustantivas, so pena de desestimación. Consiste en la mera revisión de hechos, dado que no se está en una segunda instancia, por lo que no cabe una nueva valoración jurisdiccional de los mismos.

Para que este motivo pueda ser tenido en cuenta por el TSJ es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: que se concreten los documentos o pericias en que se base (art. 196.3 LJS), especificando el folio; que se indique con claridad el texto que se trata de modificar o suprimir (STS 4-11-1995) y el texto alternativo que se propone (STS 21-12-1998); que la revisión de los hechos sea trascendente para la parte dispositiva de la sentencia (STS 18-12-1998); que la prueba sea fehaciente (STS 16-11-1998) y que haya habido un mínimo de actividad probatoria, dado que es inadmisible la prueba negativa.

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia

Por normas sustantivas se puede entender cualquier tipo de normas sociales sobre las que tenga competencia la jurisdicción social, independientemente de su rango jerárquico y de su origen y por jurisprudencia, la doctrina que de manera reiterada establezca el TS al aplicar e interpretar las normas.

El recurrente que invoque este motivo deberá citar las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que considere infringidas, fundamentando la infracción e indicando el correspondiente artículo del precepto y la sentencia y además deberá especificar en qué ha consistido la infracción.

E) Tramitación del recurso

En la tramitación del recurso se pueden distinguir las siguientes fases:

a) Anuncio del recurso

El recurso de suplicación deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (STC 163/85 y 132/87). El anuncio podrá hacerse por la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de la sentencia; por comparecencia o escrito de las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante ante el Juzgado que dictó la resolución impugnada (art. 194 LJS). En el momento del anuncio se ha de efectuar el nombramiento de letrado o graduado social colegiado (art. 231.1 LJS). El que anuncie el recurso consignará como depósito 300 euros (art. 229.1 LJS) en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano que hubiere dictado la resolución recurrida (art. 229.2 LJS).

Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, al anunciar el recurso de suplicación, deberá haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico

por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida. En este último caso, el documento de aseguramiento quedará registrado y depositado en la oficina judicial (art. 230.1 LJS). Desde 1993 la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando que la obligación de consignar el importe de la condena no vulnera ni el artículo 14 ni el 24.1 de la CE (STC 3/1983).

Asimismo, cuando el anuncio de recurso se refiera a sentencias dictadas en materia de Seguridad Social en las que se condene al pago de una prestación, el secretario judicial dictará diligencia para que por parte de la entidad gestora o servicio común se fije el capital coste de la pensión. Una vez fijado dicho capital coste de la prestación se notificará al recurrente para que en un plazo de cinco días efectúe la consignación en la TGSS, presentando en la oficina judicial el oportuno resguardo, que se testimoniará en autos, quedando bajo la custodia del secretario (art. 230.2 LJS). Esta consignación tiene como finalidad el abonar a los beneficiarios la prestación durante la sustanciación del recurso. En caso de no hacer la consignación del importe del capital coste de la prestación se tendrá por no anunciado el recurso y se declarará la firmeza de la resolución mediante Auto contra el que podrá recurrirse en queja ante la Sala que hubiera debido conocer el recurso (art. 230.4 LJS). En el supuesto de que la condenada al pago de la prestación fuera la entidad gestora, ésta quedará exenta de la consignación, pero deberá presentar ante la oficina judicial, al anunciar su recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso. De no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso [art. 230.2.*c*) LJS], salvo que exista pago efectivo, en cuyo caso la falta de presentación del certificado podrá ser subsanada (ATS 29-4-2001).

b) Admisión o no admisión del anuncio del recurso

El secretario judicial tendrá por anunciado el recurso cuando la resolución fuere recurrible en suplicación y la parte lo hubiera anunciado en tiempo y forma (art. 195.1 LJS).

Por el contrario, si la resolución impugnada no fuera recurrible en suplicación, o el recurso no se hubiera anunciado en tiempo o si el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para el anuncio del recurso de modo insubsanable o no hubiera subsanado dichos requisitos dentro del término conferido al efecto, el órgano judicial declarará mediante auto, tener por no anunciado el recurso, quedando firme la sentencia impugnada. Contra el auto de inadmisión del anuncio del recurso podrá presentarse recurso de queja ante la Sala del TSJ (art. 195.2 LJS y STC 271989, 10571989 y 134/1989).

c) Entrega de los autos

Admitido el anuncio del recurso, el secretario judicial acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado, por orden de anuncio, para que en el plazo de una audiencia se haga cargo de aquéllos, pudiendo sustituirse el traslado material de las actuaciones por la entrega de soporte informático o mediante acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello, o por la entrega por cualquiera de estos procedimientos de copia de los particulares que procedan (arts. 195.1, párrafo 1.º, y 48.1 LJS). Si el órgano jurisdiccional dispusiera de los medios para dar simultáneo traslado o acceso a las actuaciones a todas las partes recurrentes, se dispondrá que tanto la puesta a disposición de las actuaciones, como la interposición del recurso, se efectúen dentro de un plazo común a todos los recurrentes (art. 195.1, segundo párrafo, LJS).

d) Formalización del recurso

El recurso de suplicación se interpondrá en el plazo de los diez días siguientes al del vencimiento de la audiencia de entrega de autos (art. 195.1 LJS).

El escrito de interposición del recurso de suplicación se presentará ante el Juzgado que dictó la resolución impugnada, con tantas copias cuantas sean las partes recurridas (art. 196.1 LJS) y en dicho escrito se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas (STS 7-5-1996), razonándose, en todo caso, la pertinencia y fundamentación de los motivos (art. 196.2 LJS). También se identificarán los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca (art. 196.3 LJS), así como un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del TSJ a efectos de notificación (art. 198 LJS). Además, el recurrente debe justificar que ha efectuado la autoliquidación de la tasa, conforme al modelo oficial (O. HAP/490/2013, de 27 de marzo) y se ha ingresado en el Tesoro Público, la cual tiene una cuantía fija de 500 euros (art. 7.1 LTAJ) y una cuantía variable en función de la cuantía del procedimiento y de si se trata de personas jurídicas (art. 7.2 LTAJ) o personas físicas (art. 7.3 LTAJ añadido por el art. 1.8 RDL-TAJ). En caso de que no se acompañe el justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal (art. 8.2 LTAJ).

Una vez interpuesto el recurso, en tiempo y forma, o subsanados sus defectos u omisiones, el secretario judicial en el plazo de dos días dará traslado del mismo a la parte o partes recurridas, para que en cinco días presenten escritos de impugnación, debiendo designar un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del TSJ. En los escritos de impugnación podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia (art. 197.2 LJS). Del escrito o escritos de impugnación se dará traslado a las partes (art. 197.2 LJS). Transcurrido el plazo de presentación, háyanse presentado o no escritos de impugnación, se elevarán los autos a la Sala de lo Social del TSJ dentro de los dos días siguientes (art. 197.3 LJS).

e) Trámites procesales en la Sala de lo Social del TSJ

Recibidos los autos en la Sala de lo Social del TSJ si el secretario judicial de la misma apreciare defectos u omisiones subsanables en el recurso, concederá a la parte un plazo de cinco días para que aporte los documentos omitidos o se subsanen los defectos apreciados. En caso contrario, la Sala dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida, con devolución del depósito y remisión de los autos al Juzgado de procedencia. Contra dicho auto sólo cabe recurso de reposición (art. 199 LJS).

Designado magistrado ponente, éste en el plazo de tres días dará cuenta a la Sala del recurso interpuesto y ésta podrá acordar la admisión o la inadmisión del recurso.

- Si se acuerda la admisión del recurso, la Sala dictará sentencia dentro del plazo de diez días, que se notificará a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma (art. 201.1 LJS). El secretario judicial acordará la devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia, junto con la certificación de la sentencia (art. 201.2 LJS).
- Si se acuerda la inadmisión del recurso por haber ya desestimado la Sala otros recursos idénticos en su fondo, por la Sala se concederá audiencia al recurrente, en los tres días siguientes al de la designación de magistrado ponente, al objeto de notificarle la inadmisión del recurso por haber incumplido de manera manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir o por existir doctrina jurisprudencial unificada del TS en el mismo sentido que la sentencia recurrida (art. 200.1 LJS). La resolución de inadmisión del recurso deberá dictarse, mediante Auto, dentro de

los tres días siguientes al transcurso del plazo de audiencia concedido a la parte, contra el que no cabrá recurso alguno, por lo que la sentencia recurrida será firme, se condenará en costas al recurrente, con pérdida del depósito necesario para recurrir, y se notificará a las partes y a la Fiscalía del TSJ (art. 200.2 LJS).

f) Sentencia

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ al recurso de suplicación podrá ser estimatoria o desestimatoria del recurso:

- La sentencia será estimatoria cuando prospere el recurso, en cuyo caso el TSJ anulará o revocará la sentencia recurrida. No obstante, se deben hacer las siguientes matizaciones:
  - Si la revocación de la resolución de instancia se funda en infracciones de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, la Sala, sin entrar en el fondo del asunto, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción; y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento (art. 202.1 LJS y STS 19-11-2001).
  - Si la revocación de la sentencia de instancia es total y el recurrente ha consignado en metálico la cantidad importe de la condena o asegurado la misma, así como constituido el depósito necesario para recurrir, el fallo dispondrá la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia (art. 203.1 LJS).
  - Si la revocación de la sentencia es parcial, por condenar a una cantidad inferior a la resolución recurrida, el fallo dispondrá la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia (art. 203.2 LJS). En todos los supuestos de estimación parcial del recurso de suplicación, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito (art. 203.3 LJS).
- La sentencia será desestimatoria cuando no prospere el recurso (art. 201.1, *in fine*, LJS), lo que implicará la confirmación de la sentencia de instancia, con los siguientes efectos añadidos:
  - El fallo condenará a la pérdida de las consignaciones efectuadas por el recurrente, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme (art. 204.1 LJS).
  - La sentencia deberá confirmar, en todo o en parte, o no confirmar, la multa impuesta por la sentencia de instancia a la parte que obró con mala fe o temeridad notoria, y si el condenado fuese el empresario deberá pronunciarse sobre los honorarios de los abogados o de los graduados sociales impuestos en la sentencia recurrida (art. 204.2 LJS).
  - Si el recurrente hubiera asegurado el importe de la condena conforme a lo prevenido en esta Ley mandará la Sala en su fallo confirmatorio que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la sentencia resuelva la realización de dichos aseguramientos (art. 204.3 LJS).
  - Si el recurrente hubiera constituido el depósito necesario para recurrir, la sentencia confirmatoria dispondrá su pérdida, lo que se realizará cuando la sentencia sea firme (art. 204.4 LJS).
  - La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Estas costas incluirán los honorarios del abogado o del graduado social co-

legiado de la parte contraria, sin que dichos honorarios puedan exceder de mil doscientos euros (art. 235.1 LJS).

2. Casación ordinaria

A) Regulación

El recurso de casación se encuentra regulado en los artículos 205 a 217 LJS, y también en las disposiciones comunes compartidas con el recurso de suplicación, contenidas en los artículos 229 a 235 LJS. La LJS ha introducido un nuevo tipo de resolución recurrible (actos administrativos atribuidos al orden jurisdiccional social dictados por el Consejo de Ministros) e importantes modificaciones en la tramitación del recurso, ya que la interposición e impugnación se realizan ante el Tribunal autor de la sentencia recurrida, remitiéndose por éste al TS el recurso ya tramitado y obviándose el emplazamiento ante el TS, según la positiva experiencia resultante de la tramitación tradicionalmente aplicada para la suplicación.

B) Resoluciones recurribles

Con carácter general, son recurribles en casación ordinaria, ante la Sala IV del TS, las sentencias y otras resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los TSJ y por las Salas de lo Social de la AN (art. 205.1 LJS).

Asimismo, serán recurribles en casación, en única instancia, los procesos de impugnación de actos administrativos atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros (art. 205.2 LJS).

De una manera específica son recurribles en casación:

- Las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los TSJ y por las Salas de lo Social de la AN, excepto las siguientes (art. 206.1 LJS, según redacción dada por el art. 24.3 LEMURMEL):
  - Las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social relativos a suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y extinción de contrato de trabajo derivados de fuerza mayor; potestad sancionadora en materia laboral y sindical; otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional; actos administrativos de Seguridad Social, excepto materia de prestaciones, incluida la potestad sancionadora, salvo la relativa a inscripción, afiliación altas y bajas, que sean susceptibles de valoración económica cuando la cuantía litigiosa no exceda de ciento cincuenta mil euros.
- Los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que la Sala, antes del acto de juicio, declare la falta de jurisdicción o competencia (art. 206.2 LJS).
- Los autos dictados por dichas Salas que resuelvan el recurso de reposición, o de revisión, en su caso, interpuesto contra la resolución que disponga la terminación anticipada del proceso (art. 206.3 LJS):
  - Por satisfacción extraprocesal o pérdida sobrevenida de objeto.
  - Por falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal o por incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio, siempre que por caducidad de la acción o de la instancia u otra causa legal no fuera jurídicamente posible su reproducción ulterior.

- Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que dicten dichas Salas y los autos que decidan el recurso de revisión interpuesto contra los decretos del secretario judicial, dictados unos y otros en ejecución definitiva de sentencia, en los siguientes casos (art. 206.4 LJS):
  - Cuando denieguen el despacho de ejecución.
  - Cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.
  - Cuando pongan fin al procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo. En los mismos casos, procederá también recurso de casación en ejecución provisional cuando excedan materialmente de los límites de la misma o declaren la falta de jurisdicción o competencia del orden social.

C) Recurso de casación contra los actos administrativos atribuidos al orden jurisdiccional social dictados por el Consejo de Ministros

El recurso se anunciará mediante escrito que deberá presentarse, en el plazo de dos meses siguientes a la notificación del acto impugnado o de los dos meses siguientes a la desestimación expresa o presunta del recurso de reposición potestativo, acompañando copia del acto impugnado (art. 205.2 LJS).

En la tramitación del recurso se observarán las reglas siguientes:

- Admitido el escrito, o en su caso, subsanados los defectos en el plazo de diez días, se procederá a la reclamación del expediente administrativo de la Administración autora del acto [art. 205.2.*a*) LJS].
- Una vez recibido el expediente administrativo, se emplazará simultáneamente a los interesados que resulten del expediente, y se pondrá a disposición del recurrente o recurrentes en la oficina judicial, mediante acceso informático o soporte electrónico de disponerse de tales medios [art. 205.2.*a*) LJS].
- En el plazo común de quince días deberá procederse a la formalización de la demanda, con expresión de las infracciones formales y sustantivas en que hubiera incurrido el acuerdo recurrido [art. 205.2.*a*) LJS].
- Del escrito o escritos de demanda presentados se dará traslado a la representación de la Administración del Estado y demás partes personadas para contestación a la demanda en plazo común de quince días [art. 205.2.*b*) LJS].
- La prueba documental distinta de la que obre en el expediente administrativo se aportará con los escritos de demanda y contestación, pudiendo solicitarse la práctica de otras diligencias de prueba cuando exista disconformidad en los hechos y lo estime necesario el Tribunal, que señalará a tal efecto una vista única para la práctica de la prueba, pudiendo delegar en uno de sus magistrados o en una Sala o Juzgado a estos fines, en función de las circunstancias concurrentes [art. 205.2.*b*) LJS].
- De haberse practicado prueba, el Tribunal resolverá dar traslado para conclusiones por un plazo común de diez días a todas las partes, salvo que estime necesaria la celebración de vista [art. 205.2.*c*) LJS].
- Los autos se señalarán para votación y fallo en el plazo de los diez días siguientes a la presentación de la contestación de la demanda o, en su caso, de la presentación de conclusiones o de la celebración de la vista [art. 205.2.*d*) LJS].

- La sentencia, contra la que no cabrá ulterior recurso, se dictará en el plazo de los diez días siguientes a la votación y fallo, y en ella se podrán efectuar los pronunciamientos siguientes [art. 205.2.*e*) y 151.9 LJS]:
  - Declarará la inadmisibilidad del recurso por carencia de jurisdicción, por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquél fuera del plazo establecido o cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal, así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.
  - Desestimará el recurso cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.
  - Estimará el recurso si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.
  - En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponerse la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción. La declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo.

D) Recurso de casación contra las sentencias y resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional

a) Motivos del recurso de casación ordinario

El recurso de casación ordinario habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos (art. 207 LJS):

a') Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción

Dentro de este motivo se incluyen los supuestos de resolución de conflictos pertenecientes a otro orden jurisdiccional; las abstenciones en reclamaciones pertenecientes al propio orden jurisdiccional y el conocimiento indebido de asuntos que no pertenecen a los órganos jurisdiccionales españoles o que corresponden a otros poderes del Estado. Puede ser apreciada de oficio por el TS.

b') Incompetencia o inadecuación de procedimiento

La incompetencia alegada puede ser objetiva, funcional o territorial y la inadecuación de procedimiento, hace referencia al posible error en el tipo de procedimiento seguido, ordinario en lugar de especial o viceversa. También es apreciable de oficio por el TS.

c') Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte

Las infracciones de las normas reguladoras de la sentencia hacen referencia a la falta de precisión en los antecedentes de hecho, hechos declarados probados o fundamentos jurídicos; la falta de congruencia con la pretensión; la no resolución de una cuestión previa propuesta por las partes y el fallo contrario a la cosa juzgada o contradictorio o la falta de concreción en las condenas a cuantías dinerarias. Las infracciones relativas a los actos y garantías procesales se refieren a los supuestos en que se prescinda totalmente del procedimiento establecido por la Ley o se vulneren los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que provoquen indefensión.

d') Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios

Este motivo es interpretado muy restrictivamente, ya que ha de tratarse de un error patente y trascendente para el fallo (STS 12-2-2002) y que se desprenda de forma directa de un documento que esté incorporado en autos.

e') Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate

Por normas del ordenamiento jurídico se debe entender a todo tipo de fuentes del derecho, sin perjuicio de su rango jerárquico o de su origen estatal o pactado, y por jurisprudencia, la doctrina emanada de las sentencias del TS. Este motivo también se interpreta de una manera restrictiva, ya que la infracción ha de ser determinante del fallo de la sentencia.

b) Tramitación del recurso de casación

a') Preparación del recurso

El recurso de casación deberá prepararse, ante la Sala que dictó la resolución que se impugna, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para considerarlo preparado la mera manifestación de las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo (art. 208.1 LJS). También podrá prepararse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o representante, dentro del mismo plazo de cinco días (art. 208.2 LJS). El que prepare el recurso de casación deberá consignar como depósito la cantidad de 600 euros (art. 229.1 LJS) en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondiente al órgano que hubiere dictado la resolución recurrida (art. 229.2 LJS).

b') Resolución sobre la preparación del recurso

Si se cumplen los requisitos para recurrir, el secretario judicial tendrá por preparado el recurso de casación. Contra esta resolución la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a la admisión del recurso de casación en el escrito de impugnación al mismo (art. 209.1 LJS). No obstante, si el recurrente hubiera incurrido en defectos u omisiones subsanables, el secretario judicial le concederá el plazo de cinco días para que se subsanen los defectos apreciados, dando cuenta a la Sala si ésta no se produjera para que resuelva lo que proceda (arts. 209.1, segundo párrafo, y 230.5 LJS).

En el supuesto de que la resolución impugnada no fuera recurrible en casación, el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo, o el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la

preparación del recurso de modo insubsanable o no hubiera subsanado dichos requisitos dentro del término conferido al efecto, la Sala de instancia declarará, mediante Auto, tener por no preparado el recurso, quedando firme, en su caso, la resolución impugnada. Contra este auto podrá recurrirse en queja ante la Sala de lo Social del TS (art. 209.2 LJS).

Una vez preparado el recurso, el secretario judicial concederá a la parte o partes recurrentes, por el orden de preparación, el plazo de quince días para la formalización del mismo. En dicho plazo los autos estarán en la oficina judicial a disposición del letrado designado para su entrega o su examen, ya sea en soporte convencional o mediante acceso informático o soporte electrónico de disponerse de tales medios. Este plazo correrá cualquiera que sea el momento en que el letrado recogiera o examinara los autos puestos a su disposición. Si la Sala dispusiera de medios para dar simultáneo traslado o acceso a las actuaciones a todas las partes recurrentes, dispondrá que tanto la puesta a disposición de las mismas, como la formalización del recurso, se efectúen dentro de un plazo común a todos los recurrentes (art. 209.3 LJS).

c') Interposición del recurso

El escrito de impugnación se presentará ante la Sala que dictó la resolución impugnada, por el abogado designado al efecto, quien de no indicarse otra cosa asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala IV del TS a efectos de notificaciones (art. 210.1 LJS).

En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el mismo orden que establece el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada y, en particular, los siguientes extremos (art. 210.2 LJS):

- En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.
- En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.

Además, el recurrente debe justificar que ha efectuado la autoliquidación de la tasa, conforme al modelo oficial (O. HAP/490/2013, de 27 de marzo) y se ha ingresado en el Tesoro Público, la cual tiene una cuantía fija de 750 euros (art. 7.1 LTAJ) y una cuantía variable en función de la cuantía del procedimiento y de si se trata de personas jurídicas (art. 7.2 LTAJ) o personas físicas (art. 7.3 LTAJ añadido por el art. 1.8 RDL-TAJ). En caso de que no se acompañe el justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal (art. 8.2 LTAJ).

En el supuesto de que el recurso no se hubiera formalizado dentro del plazo conferido al efecto o en el escrito se hubiesen omitido de modo manifiesto los requisitos exigidos, la Sala dictará Auto poniendo fin al trámite del recurso quedando firme, en cuanto a dicha parte recurrente, la sentencia o resolución impugnada. Contra dicho auto, previa reposición ante la Sala, procederá recurso de queja ante la Sala de lo Social del TS (art. 210.3 LJS).

d') Traslado del recurso a las otras partes

Una vez formalizado el recurso dentro del plazo concedido y con los requisitos exigidos, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo a las demás partes por término común de diez días para su impugnación (art. 211.1, primer párrafo, LJS).

e') Impugnación del recurso

En el escrito de impugnación deberá hacerse constar (art. 211.1, segundo párrafo):

- Los distintos motivos de impugnación, siguiendo la misma correlación que la establecida en el recurso.
- Las causas de inadmisión que se estimen concurrentes.
- Otros posibles motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos.
- El resto de requisitos exigidos para la formalización del recurso.

El escrito de impugnación deberá presentarse acompañado de tantas copias como sean las demás partes para su traslado a las mismas (art. 211.1, segundo párrafo, LJS).

El escrito deberá estar suscrito por letrado, el cual asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso y deberá designar un domicilio, a efectos de notificaciones, en la sede de la Sala de lo Social del TS (art. 211.1, tercer párrafo, LJS).

Durante el plazo de impugnación los autos se encontrarán a disposición de la parte o del letrado que designe a tal fin, en la oficina judicial de la Sala para su entrega o examen y en el caso de que la Sala disponga de los autos en soporte electrónico o pueda accederse a ellos por medios telemáticos, podrá sustituir el traslado material de las actuaciones por tales medios (art. 211.2 LJS).

Del escrito o escritos de impugnación se dará traslado a las partes. De haberse fundamentado dichos escritos en la inadmisibilidad del recurso o los motivos subsidiarios de fundamentación de la sentencia recurrida, las demás partes, si lo estiman oportuno, podrán presentar directamente sus alegaciones al respecto, junto con las correspondientes copias para su traslado a las demás partes, dentro de los cinco días siguientes a recibir el escrito de impugnación (art. 211.3 LJS).

f') Remisión de los autos al TS

Transcurrido el plazo de impugnación y en su caso el de alegaciones, independientemente de se hayan presentado o no escritos en tal sentido, se elevarán los autos a la Sala IV del TS dentro de los cinco días siguientes (art. 212 LJS).

c) Decisión sobre la admisión del recurso

Una vez recibidos los autos en la Sala IV del TS, si el secretario judicial apreciara defectos subsanables, concederá a la parte un plazo de cinco días para su subsanación o la aportación de los documentos omitidos. Si no se efectuare la subsanación en tiempo y forma, la Sala dictará Auto de inadmisión del recurso declarando la firmeza de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remitirá las actuaciones a la Sala de procedencia. Contra dicho Auto sólo cabrá recurso de reposición (art. 213.1 LJS).

Por el contrario, si el secretario judicial apreciare defectos insubsanables dará cuenta a la Sala para que ésta adopte la resolución que proceda (art. 213.2 LJS).

En el supuesto de que el secretario judicial no apreciase defectos, o éstos hayan sido subsanados, dará cuenta al magistrado ponente para la instrucción de los autos por tres días, éste a su vez, dará cuenta a la Sala del recurso interpuesto y ésta, si concurre causa de inadmisión, previo informe del Ministerio Fiscal por cinco días, dictará Auto inadmitiendo el recurso. En el supuesto de que no se hubiese alegado causa

de inadmisibilidad en la impugnación, con carácter previo la Sala oirá al recurrente sobre dicho extremo por cinco días (art. 213.3 LJS).

Son causas de inadmisión del recurso (art. 213.4 LJS):

- El incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir.
- La carencia sobrevenida del objeto del recurso.
- La falta de contenido casacional de la pretensión.
- El haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

En el supuesto de que la Sala estimara que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará Auto, en el plazo de tres días, declarando la inadmisibilidad total del recurso, la firmeza de la resolución recurrida, imponiendo costas al recurrente y la pérdida del depósito necesario para recurrir, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, notificando la resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, sin que quepa recurso contra dicha resolución (art. 213.5, primer párrafo, LJS).

En el supuesto de que la Sala estimara que solamente concurren causas de inadmisión respecto a algunos de los motivos aducidos o a alguno de los recursos interpuestos, mediante auto, no susceptible de recurso, declarará la inadmisión parcial y dispondrá la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por dicha inadmisión par (art. 213.5, segundo párrafo, LJS).

d) Tramitación última: traslado al Ministerio Fiscal, vista o deliberación, votación y fallo

De haberse admitido parcial o totalmente el recurso o recursos, el secretario pasará seguidamente los autos a la Fiscalía de lo Social del TS para que en un plazo de diez días informe sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida (art. 214.1 LJS). Devueltos los autos por el Ministerio Fiscal junto con su informe, si la Sala lo estima necesario el secretario judicial señalará día y hora para la celebración de la vista, o en otro caso, el Tribunal señalará día y hora para deliberación, votación y fallo, debiendo celebrarse una u otros dentro de los diez días siguientes (art. 214.2 LJS).

e) Sentencia

La Sala dictará sentencia en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la terminación de la vista o al de la celebración de la votación (art. 214.3 LJS). El fallo de la sentencia será estimatorio o desestimatorio del recurso.

- La sentencia será estimatoria cuando prospere el recurso, en cuyo caso la Sala casará la resolución recurrida y resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente:
  - Si apreciase falta de jurisdicción, incompetencia o inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado [art. 215.*a*) LJS].
  - Si apreciase quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta salvo que la infracción se hubiera producido durante la celebración del juicio, en cuyo caso se mandarán reponer al momento de su señalamiento [art. 215.*b*), primer párrafo, LJS].
  - Si apreciase infracción sobre las reglas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales y mandará reponer las mismas al momento de dictar sentencia, para que se salven las insuficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal [art. 215.*b*), segundo párrafo, LJS].

- Si apreciase infringido alguno de los restantes motivos en que se funda el recurso de casación, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución del fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida, así como sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaren suficientes [art. 215.*c*) LJS].
- Si el recurrente hubiera consignado en metálico la cantidad importe de la condena o asegurado ésta conforme a lo prevenido en esta Ley, así como constituido el depósito necesario para recurrir, el fallo dispondrá la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados (art. 216.1 LJS).
- Si en la sentencia se condenará a una cantidad inferior a la fijada en la resolución recurrida, el fallo dispondrá la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos realizados (art. 216.2 LJS).
- Si se estimase parcialmente el recurso de casación, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito (art. 216.3 LJS).

- La sentencia será desestimatoria cuando no prospere el recurso, lo que implicará la confirmación de la sentencia recurrida, con el efecto añadido de que si el recurrente hubiese tenido que consignar en metálico la cantidad importe de la condena o asegurar la misma y constituir el depósito, el fallo dispondrá la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos y la pérdida de la cantidad objeto del citado depósito (art. 217.1 LJS).

3. Recurso de casación para la unificación de la doctrina

A) Regulación

El recurso de casación para la unificación de la doctrina se encuentra regulado en los artículos 218 a 228 LJS, y también por las disposiciones comunes compartidas con el recurso de suplicación, contenidas en los artículos 229 a 235 LJS.

B) Resoluciones recurribles

Son recurribles en casación para la unificación de doctrina, ante la Sala IV del TS, las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ (art. 218 LJS). Se trata, pues, de un recurso de carácter extraordinario que sólo se puede interponer frente a determinadas resoluciones judiciales y por los motivos tasados legalmente, y además excepcional, porque introduce una excepción al principio del doble grado de jurisdicción, dado que esta casación se convierte en un tercer grado.

No son recurribles en casación para la unificación de la doctrina, los autos y además las sentencias dictadas en instancia por los TSJ y la AN, que son recurribles en casación ordinaria.

C) Objeto del recurso

El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina [Capítulo 2, VI, 2, C)] con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sen-

tencias del Tribunal Supremo (art. 219.1 LJS). Estas sentencias contradictorias han de ser dictadas en suplicación por los TSJ o por el TS en casación, y además han de ser del orden social, dado que la Sala IV solamente puede unificar las sentencias de dicho orden.

La LJS, como novedad, adiciona como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el TC y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España (art. 219.2 LJS) y la doctrina establecida en las sentencias del TJUE en interpretación del derecho comunitario (art. 219.2, segundo párrafo, LJS).

La contradicción se entiende cumplida cuando se aporte una sola sentencia que sea firme y anterior a la que se recurre y además debe reunir dos requisitos (art. 219.1, *in fine*, LJS):

- Que exista identidad de litigantes o identidad de situaciones, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. No se exige, pues, identidad subjetiva, pero sí igualdad en las pretensiones, en los hechos, en los fundamentos y en las súplicas, aunque no identidad absoluta. En los hechos se exige identidad en lo fundamental y no en lo accidental. En los fundamentos de derecho se exige identidad en las normas que se aplican, y la petición ha de ser idéntica.
- Que existan pronunciamientos distintos. Estos pronunciamientos se refieren al fallo de las sentencias y que además impliquen una infracción legal, ya sea de norma sustantiva o procesal o cláusula de convenio estatutario.

La LJS ha tratado de superar los tradicionales obstáculos para la interposición de este recurso, que venían dados por la exigencia del requisito de contradicción de sentencias que dificultaba y retrasaba el acceso al mismo, lo que intenta corregir dando legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir en defensa de la legalidad en supuestos en que se hayan dictado pronunciamientos distintos por los TSJ, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales (art. 219.3 LJS).

D) Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad

a) Legitimación

El Ministerio Fiscal está legitimado para interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, en su función de defensa de la legalidad, ya sea de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa (art. 219.3, párrafo 1.º, LJS).

b) Motivos del recurso

Este recurso se interpondrá cuando a pesar de no existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se den los siguientes requisitos (art. 219.3, párrafo 1.º, LJS):

- Se hayan dictado pronunciamientos distintos por los TSJ, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales.
- Cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos.
- Cuando las normas cuestionadas por parte de los Tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que sean contradictorias.

c) Tramitación

a') Preparación

El recurso podrá prepararlo la Fiscalía de Sala de lo Social del TS dentro de los diez días siguientes a la notificación a la Fiscalía de la CA de la sentencia impugnada, mediante escrito reducido a la manifestación del propósito de entablar el recurso y exponiendo sucintamente la fundamentación que se propondrá desarrollar en el mismo (art. 219.3, párrafo 2.º, LJS).

El escrito se presentará ante la Sala que dictó la resolución impugnada y del mismo se dará traslado a las demás partes, hayan o no preparado las mismas recurso. Las partes podrán dentro de los cinco días siguientes, solicitar que en el recurso el Ministerio Fiscal interese la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida y el contenido de las pretensiones que el ministerio público habría de formular en su nombre en tal caso (art. 219.3, párrafo 3.º, LJS).

b') Remisión de los autos a la Sala Social del TS y emplazamiento a las partes que no hubieran recurrido

Trascurrido el plazo anterior, aunque no se hubieran presentado escritos de las partes en el sentido expresado, dentro de los cinco días siguientes se elevarán los autos a la Sala de lo Social del TS junto con los escritos de preparación que se hubieran presentado y las actuaciones que se hubieren practicado hasta ese momento en el estado en que se encuentren, previo emplazamiento por el secretario judicial a las demás partes que no hubieran recurrido para su personación por escrito por medio de letrado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro del plazo de los diez días siguientes, debiendo acreditarse la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones. La parte recurrente en su caso, y el Ministerio Fiscal se entenderán personados de derecho con la remisión de los autos (art. 219.3, párrafo 4.º, LJS).

c') Resto de trámites

Las actuaciones ulteriores se seguirán ante la Sala de lo Social del TS conforme a las reglas establecidas en los artículos 222 a 228 LJS con las adaptaciones necesarias teniendo en cuenta las especialidades de esta modalidad del recurso (art. 219.3, párrafo 5.º, LJS).

d) Sentencia

En caso de estimación del recurso, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo (art. 219.3, párrafo 6.º, LJS).

En defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el *BOE* y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al TS (art. 219.3, párrafo 7.º, LJS).

E) Recurso de casación por unificación de doctrina como consecuencia de la contradicción de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia

a) Motivos del recurso

Dos son los motivos exigidos para la interposición del recurso de casación para la unificación de la doctrina:

- Que las sentencias dictadas en suplicación fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los TSJ o con sentencias del TS (art. 219.1 LJS), TC y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España (art. 219.2 LJS) y sentencias del TJUE.
- Que concurra una infracción legal cometida en la sentencia impugnada, y en su caso, el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia [art. 224.1.*b*) LJS].

b) Tramitación

a') Preparación

El recurso podrá prepararlo cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada (art. 220.1 LJS), durante ese plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado tendrán a su disposición en la oficina judicial del TSJ los autos para su examen, pudiendo acceder a los mismos por medios electrónicos o telemáticos, en caso de disponerse de ellos (art. 220.2 LJS).

La forma de preparación será mediante escrito dirigido a la Sala de lo Social del TSJ que dictó la sentencia de suplicación, con tantas copias como partes recurridas, en el que se designará un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del TS, a efectos de notificaciones (art. 221.1 LJS). El escrito deberá estar firmado por abogado en el que expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos: el núcleo de la contradicción y los datos identificativos de la sentencia o sentencias contradictorias (art. 221.2 LJS). El que prepare el recurso de casación para la unificación de la doctrina deberá consignar como depósito la cantidad de 600 euros (artículo 229.1 LJS) en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondiente al órgano que hubiere dictado la resolución recurrida (art. 229.2 LJS).

Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso (art. 221.3 LJS), sin que puedan invocarse posteriormente en el escrito de interposición las sentencias que no hayan sido mencionadas expresamente (art. 221.4 LJS).

b') Resolución sobre la preparación del recurso

En el supuesto de que el escrito de preparación del recurso cumpliera los requisitos legales, el secretario judicial tendrá por preparado el recurso de casación, sin que contra dicha resolución quepa recurso alguno, aunque si cabe la posibilidad de oponerse a la admisión del recurso de casación al personarse ante la Sala de lo Social del TS (art. 222.1, párrafo 1.º, LJS).

En el supuesto de que el escrito de preparación adolezca de defectos subsanables, el secretario judicial requerirá su subsanación en el plazo de cinco días, dando cuenta a la Sala si ésta no se produjera para que resuelva lo que proceda (arts. 222.1, párrafo 2.º, y 230.5 LJS).

Por su parte, la Sala de suplicación, mediante Auto, declarará tener por no preparado el recurso, y por tanto, quedará firme la sentencia impugnada en los siguientes supuestos (art. 222.2 LJS):

- Si la resolución impugnada no fuera recurrible en casación.
- Si el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo.
- Si el escrito de preparación no contuviera las menciones exigidas para la fundamentación del recurso.
- Si el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la preparación del recurso de modo insubsanable o no hubiera subsanado dichos requisitos dentro del término de cinco días.

Contra este Auto podrá recurrirse en queja ante la Sala de lo Social del TS.

c') Interposición del recurso

La LJS modifica sustancialmente este trámite procesal respecto a lo regulado en la extinta LPL, estableciendo que una vez preparado en tiempo y forma el recurso, el secretario judicial, dentro de los dos días siguientes, concederá a la parte o parte recurrentes el plazo común de quince días para interponer el recurso ante la misma Sala de suplicación, plazo que empezará a contar desde la notificación de la resolución al letrado o letrados designados. En dicho plazo los autos se encontrarán a su disposición en la oficina judicial de la Sala para su examen, pudiendo sustituirse el traslado material por medios electrónicos o telemáticos si la Sala dispusiera de los mismos (art. 223.1 LJS).

El escrito de interposición deberá ir firmado por abogado, con tantas copias como partes recurridas y deberá reunir los siguientes requisitos (arts. 223.2 y 224 LJS):

- Una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias.
- La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. En el escrito se expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometida, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como a la doctrina jurisprudencial invocada (art. 224.2 LJS).

Solamente se podrá invocar una sentencia por cada punto de contradicción, de entre las que aparecen referidas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición (art. 224.3 LJS) y además, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada, en caso contrario, se reclamará de oficio por la secretaría de la Sala (art. 224.4 LJS).

Además, el recurrente debe justificar que ha efectuado la autoliquidación de la tasa, conforme al modelo oficial (O. HAP/490/2013, de 27 de marzo) y se ha ingresado en el Tesoro Público, la cual tiene una cuantía fija de 750 euros (art. 7.1 LTAJ) y una cuantía variable en función de la cuantía del procedimiento y de si se trata de personas jurídicas (art. 7.2 LTAJ) o personas físicas (art. 7.3 LTAJ añadido por el art. 1.8 RDL-TAJ). En caso de que no se acompañe el justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal (art. 8.2 LTAJ).

Presentado en tiempo el escrito de interposición, junto con las certificaciones de sentencias, una por cada punto de contradicción, el secretario judicial emplazará a las demás partes para su personación por escrito por medio de letrado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro del plazo de los diez días siguientes, debiendo acreditar la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones. La parte recurrente se entenderá personada de derecho con la remisión de los autos (art. 223.4 LJS).

La tramitación en la Sala de suplicación termina con la remisión de los autos por el secretario judicial dentro de los cinco días siguientes al emplazamiento (art. 223.5 LJS).

c) Decisión sobre la admisión del recurso

Recibidos los autos en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el secretario judicial podrá adoptar las siguientes medidas (art. 225.1 y 2 LJS):

- Si apreciara el defecto insubsanable de haberse preparado o interpuesto fuera de plazo dictará decreto poniendo fin al trámite del recurso, contra el que sólo procederá recurso de revisión.
- De apreciar defectos subsanables en la tramitación del recurso, o en su preparación e interposición, concederá a la parte un plazo de diez días para la aportación de los documentos omitidos o la subsanación de los defectos apreciados.
- De no efectuarse la subsanación en el tiempo y forma establecidos, dará cuenta a la Sala para que resuelva lo que proceda y de dictarse Auto poniendo fin al trámite del recurso, declarará la firmeza en su caso de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remisión de las actuaciones a la Sala de procedencia. Contra dicho auto sólo procederá recurso de reposición.
- De no haber apreciado defectos, o una vez subsanados los advertidos, o si el secretario apreciare defectos insubsanables, sea en la preparación o en la interposición, distintos de los de su preparación o interposición fuera de plazo, dará cuenta al Magistrado ponente para instrucción de los autos por tres días.

El Magistrado ponente, dará cuenta a la Sala del recurso interpuesto y de las causas de inadmisión que apreciare, en su caso. Si la Sala estimare que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas, acordará oír al recurrente sobre las mismas por un plazo de cinco días, con ulterior informe del Ministerio Fiscal por otros cinco días, de no haber interpuesto el recurso (art. 225.3 LJS). Son causas de inadmisión del recurso (art. 225.4 LJS):

- El incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso.
- La carencia sobrevenida del objeto del recurso.
- La falta de contenido casacional de la pretensión.
- El haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

Si la Sala estimara que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas dictará, en el plazo de tres días, Auto declarando la inadmisión y la firmeza de la resolución recurrida, con imposición al recurrente de las costas causadas, de haber comparecido en el recurso las partes recurridas, y sin que quepa recurso contra dicha resolución. El auto de inadmisión comportará, además, la pérdida del depósito constituido y se dará a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, de acuerdo con la sentencia de suplicación. En el supuesto de que la inadmisión se refiera solo a algunos de los motivos aducidos o a alguno de los recursos interpuestos, se dispondrá la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial (art. 225.5 LJS).

d) Tramitación última: traslado de los autos a las partes personadas y al Ministerio Fiscal

De no haberse apreciado causa de inadmisión en el recurso, el secretario judicial dará traslado del escrito de interposición a la parte o partes personadas para que formalicen su impugnación dentro del plazo común de quince días, durante el cual, a partir de la notificación de la resolución al letrado designado, los autos se encontrarán a su disposición en la oficina judicial del Tribunal para su examen. En el caso de que la Sala disponga de los autos en soporte electrónico o pueda accederse a ellos por medios telemáticos en la misma Sala, se entenderán puestos a disposición de la representación procesal desde el momento de la entrega de la copia o soporte o de la puesta a disposición por dichos medios de las actuaciones (art. 226.2 LJS).

El secretario judicial dará traslado seguidamente de los autos a la Fiscalía de lo Social del TS, en soporte convencional o electrónico, háyanse presentado o no escritos de impugnación, para que en el plazo de diez días informe sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida. El referido traslado se efectuará igualmente, a los estrictos fines de defensa de la legalidad, aunque el Ministerio Fiscal sea parte en el proceso (art. 226.3 LJS).

e) Deliberación, votación y fallo

Una vez devueltos los autos por el Ministerio Fiscal, junto con su informe, la Sala acordará señalar, dentro de los diez días siguientes, sesión para deliberación, votación y fallo (art. 227.1 LJS).

La Sala estará constituida por tres magistrados (art. 225.6 LJS). No obstante, si la trascendencia o complejidad del asunto lo aconsejara, el presidente, por sí mismo, o a propuesta de la mayoría de los magistrados de la Sala, podrá acordar que ésta se constituya con cinco magistrados, o, motivadamente, en Pleno (art. 227.2 LJS).

f) Sentencia

La sentencia deberá dictarse en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la celebración de la votación (art. 227.1 LJS). El fallo se la sentencia será estimatorio o desestimatorio del recurso.

- La sentencia estimatoria casará y anulará la recurrida por quebrantamiento de la unidad de doctrina, y además (art. 228.2 LJS):
  - Resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina.
  - Resolverá las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada, aunque no alcanzará a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada (art. 228.1 LJS).
  - Resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.
- La sentencia será desestimatoria del recurso cuando considere que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada y además (art. 228.3 LJS):
  - Acarreará la pérdida del depósito para recurrir.
  - Dispondrá la cancelación o mantenimiento de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos.

4. Recurso de queja

El recurso de queja es aquel recurso extraordinario que se interpone contra los autos de inadmisión del anuncio del recurso de suplicación y de inadmisión de la preparación de los recursos de casación ordinaria y de casación para la unificación de la doctrina.

Los recursos de queja los conocerán las Salas de lo Social de los TSJ o la Sala de lo Social del TS, según que se interpongan contra los autos de inadmisión del anuncio del recurso de suplicación o contra los autos de inadmisión de la preparación de los recursos de casación o casación para la unificación de la doctrina.

Por lo que respecta a la tramitación del recurso de queja la LJS hace una remisión expresa a la LEC (art. 189 LJS), en cuyo artículo 495 se determinan las siguientes reglas:

- El recurso de queja se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de un recurso, acompañando la copia de la resolución recurrida (art. 495.1 LEC).
- Presentado en tiempo el recurso con dicha copia, el Tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días (art. 495.2 LEC):
  - Si considerase bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del Tribunal correspondiente, para que conste en los autos.
  - Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación.
- Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno (art. 495.3 LEC).

IV. IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

Las impugnaciones que se van a estudiar bajo el epígrafe de impugnación de cosa juzgada tienen como nota característica que todas ellas van dirigidas contra una sentencia firme, es decir, contra las sentencias irrecurribles o contra las que siendo recurribles haya transcurrido el plazo para la interposición del recurso. Estas impugnaciones son interpretadas restrictivamente, tanto por lo que se refiere a sus causas (SSTS 24-2-1992 y 14-7-1999) como en relación a su tramitación (ATS 27-9-1999).

1. Audiencia del demandado rebelde

Esta impugnación tiene como finalidad el evitar la indefensión del demandado ante una sentencia firme y perjudicial para sus intereses, sin que previamente haya tenido conocimiento del proceso judicial seguido contra él.

La audiencia del demandado rebelde se encuentra regulada en el artículo 185 LJS de una manera muy precaria, por lo que el propio artículo hace una remisión a lo regulado en la LEC con carácter general.

A) Supuestos previstos para la interposición de la impugnación

Los demandados rebeldes podrán solicitar al Tribunal que hubiere dictado sentencia firme, la rescisión de la misma en los casos siguientes (art. 185.3 LJS en relación con el art. 501 LEC):

- Cuando haya existido fuerza mayor ininterrumpida que impidiera al rebelde comparecer en el pleito, aunque haya sido citado o emplazado en forma.
- Cuando se haya citado o emplazado al rebelde por cédula, pero ésta no hubiese llegado a su poder por causa que no le sea imputable.
- Cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la CA, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.

B) Resolución recurrible

La resolución recurrida deberá ser una sentencia que haya adquirido firmeza (art. 501 LEC), bien por ser irrecurrible o porque haya transcurrido el plazo para interponer recurso que procediera.

C) Tramitación

En el proceso laboral no es necesaria la previa declaración de rebeldía del demandado que, citado en forma no comparezca al juicio (art. 185.1 LJS), pero sí la asistencia de Letrado.

El plazo para la solicitud de la audiencia será de veinte días, contados a partir de la notificación personal de la sentencia o desde que conste el reconocimiento procesal o extraprocesal de la misma y en todo caso de cuatro meses desde la notificación de la sentencia en el Boletín Oficial correspondiente (art. 185.3 LJS) y se sustanciará ante el órgano judicial que conoció del litigio en instancia (art. 185.5 LJS). La petición de audiencia se formulará ante el órgano judicial que hubiere dictado la sentencia firme que se pretende rescindir (art. 185.4 LJS) correspondiendo su resolución a la Sala de lo Social del TSJ o al TS, en su caso. En ambos supuestos se seguirán los trámites del proceso ordinario (art. 183.6 LJS), salvo cuando la pretensión sea de nulidad de la sentencia o resolución firme por defectos de forma que hayan causado indefensión en cuyo caso deberá plantearse por la vía del incidente de nulidad de actuaciones (art. 185.7 LJS).

D) Sentencia

El proceso terminará con sentencia, contra la que no cabe recurso alguno (art. 505 LEC). El fallo de la sentencia podrá ser estimatorio o desestimatorio de la petición:

- Si la sentencia es estimatoria de la solicitud por considerarse probado alguno de los supuestos de impugnación, rescindirá la sentencia impugnada, y no se impondrán las costas a ninguno de los litigantes, salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de ellos (art. 506.2 LEC). Por la Sala de lo Social del TSJ o del TS se remitirá certificación de la sentencia al Tribunal que hubiera conocido del asunto en primera instancia (art. 507.1 LEC) y éste entregará los autos por diez días al demandado para que pueda exponer y pedir lo que a su derecho convenga, en la forma prevenida para la contestación a la demanda, dándose traslado por otro plazo de diez días a la parte contraria. Si el demandado no formulase alegaciones y peticiones se entenderá que renuncia a ser oído y se dictará nueva sentencia en los mismos términos que la rescindida. Contra esta sentencia no se dará recurso alguno (art. 508 LEC).
- Si la sentencia es desestimatoria, declarará no haber lugar a la rescisión solicitada y se le impondrá al demandante rebelde todas las costas del procedimiento (art. 506.1 LEC).

2. Nulidad de actuaciones

Este tipo de impugnación tiene como finalidad el reaccionar frente a actuaciones procesales que han de ser reputadas nulas de pleno derecho. La LJS no establece ningún tipo de regulación, por lo que supletoriamente será aplicable la LEC.

A) Supuestos de nulidad de pleno derecho

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes (art. 225 LEC):

- Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. En este supuesto, tan pronto se vean libre de ella, los tribunales declararán nulo todo lo practicado y pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, encausando a los culpables (art. 226.1 LEC). También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso sí se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia (art. 226.2 LEC).

- Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como obligatoria.
- Cuando se celebren vistas sin la intervención del secretario judicial cuando lo soliciten las partes.
- Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.
- En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.
- En base a los supuestos de nulidad referidos, se pueden distinguir dos grupos de actuaciones sobre las que se declare la nulidad: una dentro del procedimiento y otra frente a las sentencias u otras resoluciones que pongan fin al procedimiento.

B) Nulidad de actuaciones dentro del procedimiento

La declaración de nulidad de actuaciones se hará valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate (art. 227.1 LEC). No obstante, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (art. 227.2 LEC).

En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal (art. 227.2, segundo párrafo, LEC).

C) Nulidad de actuaciones frente a sentencias firmes u otras resoluciones que pongan fin al procedimiento (art. 228 LEC)

a) Supuestos de nulidad de actuaciones

Como regla general no se admitirán incidentes de nulidad de actuaciones, salvo que la parte legítima o quién hubiera debido serlo lo solicite por escrito y cumpla los siguientes requisitos:

- Que se fundamente en cualquier vulneración de un derecho fundamental.
- Que no se haya podido denunciar dicha violación antes de recaer resolución que ponga fin al proceso.
- Siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

b) Tramitación

La tramitación del referido incidente se regirá por las siguientes reglas:

- El incidente lo conocerá el mismo tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.
- El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

- El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.
- La admisión a trámite del incidente de nulidad, no dejara en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, dándose traslado por el secretario de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañan, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

c) Resolución

La resolución del incidente de nulidad de actuaciones puede ser estimatoria o desestimatoria:

- Si es estimatoria de la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido.
- Si es desestimatoria de la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.

3. Error judicial

El proceso de error judicial tiene como finalidad el reparar el daño producido por una resolución firme errónea que carece de posibilidad de rectificación por la vía normal de los recursos (art. 236.2 LJS). Las declaraciones del error judicial no se encuentran reguladas en la LJS, a pesar de la referencia del artículo 236.2, por lo que supletoriamente se deben aplicar las normas contenidas en la LEC (arts. 214 y 215 LEC) y cuando sea competencia de la Sala de lo Social del TS se seguirán los trámites establecidos en los artículos 292 y concordantes de la LOPJ.

Como regla general los Tribunales no pueden revisar sus resoluciones una vez que han sido firmadas. No obstante, existe la posibilidad de aclarar cualquier concepto oscuro de las mismas, rectificar cualquier error material (art. 214.1 LEC) y subsanar las omisiones o defectos (art. 215.1 LEC).

- Las aclaraciones podrán hacerse de oficio por el tribunal o secretario judicial, según corresponda, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por quien hubiera dictado la resolución de que se trate dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración (art. 214.2 LEC). Contra la resolución que decida sobre la aclaración no cabrá recurso alguno (art. 214.4 LEC).
- Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los tribunales y secretarios judiciales podrán ser rectificados en cualquier momento (art. 214.3 LEC). Contra la resolución que decida la corrección no cabrá recurso alguno (art. 214.4 LEC).
- Las subsanaciones de las omisiones o defectos de las sentencias, necesarias para su efectividad, se realizarán mediante auto, en idénticos plazos y por el mismo procedimiento que las aclaraciones (art. 215.1 LEC).
  - Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes,

para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla (art. 215.2 LEC).

- El Tribunal, de oficio y mediante auto podrá en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que dicte la resolución, completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado (art. 215.3 LEC).
- No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal o secretario judicial. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla (art. 215.5 LEC).

4. Recurso de revisión de sentencias firmes y laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social

Contra cualquier sentencia dictada por los órganos del orden jurisdiccional social y contra los laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social, procederá la revisión por los motivos y trámites previstos en la LEC (art. 236 LJS), con las salvedades de que el órgano competente para conocer de las solicitudes de revisión será la Sala de lo Social del TS y el depósito de solicitud de revisión tendrá la cuantía señalada para los recursos de casación.

A) Motivos de revisión

La revisión de una sentencia firme podrá llevarse a cabo por los siguientes motivos (art. 510 LEC):

- Por la aparición de documentos decisivos una vez pronunciada la sentencia, que no se hubiere podido disponer durante el proceso por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- Si la sentencia se hubiera basado en documentos declarados falsos en un proceso penal, con anterioridad a su pronunciamiento y con desconocimiento de una de las partes, o con posterioridad.
- Si la sentencia se hubiera basado en una prueba testifical o pericial y los testigos y peritos hubiesen sido condenados por falso testimonio como consecuencia de sus declaraciones en el juicio.
- Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

B) Legitimación

La legitimación activa corresponderá a la parte perjudicada por la sentencia firme impugnada (art. 511 LEC).

C) Plazo de interposición

El plazo para solicitar la revisión de la sentencia firme será de cinco años a contar desde la fecha de la publicación de la misma (art. 512.1 LEC) y siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día

en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad (art. 512.2 LEC).

D) Tramitación

Presentada y admitida la demanda de revisión, el secretario judicial solicitará que se remitan al Tribunal todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y emplazará a cuantos en él hubieren litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de veinte días contesten a la demanda, sosteniendo lo que convenga a su derecho (art. 514.1 LEC).

Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación oportuna (art. 514.2 LEC). En todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda (art. 514.3 LEC).

En la revisión no se celebrará vista, salvo que así lo acuerde el Tribunal o cuando deba practicarse prueba (art. 236.1, segundo párrafo, LJS).

E) Suspensión de la ejecución

Las demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven, salvo que exista caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia (arts. 515 y 566 LEC).

F) Decisión

Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindirá la sentencia impugnada. A continuación mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al Tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión (art. 516.1 LEC).

Si el Tribunal desestimare la revisión solicitada por no reunir los requisitos y presupuestos procesales exigibles o por no haberse agotado previamente los recurso jurisdiccionales para que la sentencia pueda considerarse firme (art. 236.1, segundo párrafo, LJS) se condenará en costas al demandante y perderá el depósito que hubiere realizado (art. 516.2 LEC).

Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno (art. 516.3 LEC).

BIBLIOGRAFÍA

I. Caracterización de los medios de impugnación

Casas Baamonde, M. E.: «La reforma de la legislación procesal laboral. Los recursos en la Ley de procedimiento laboral de 1990», *REDT*, n.º 46/2001.

Cavas Martínez, F. (coord.): *Los recursos en el proceso laboral*, Murcia, 2010.

Iglesias Cabero, M.: «Los recursos laborales en la Ley de Procedimiento Laboral de 22 de abril de 1990», *Diario La Ley*, tomo 3, 1991.

Montero Aroca, J.: «De los medios de impugnación», en *Comentarios a las leyes laborales. La nueva ley de Procedimiento Laboral*, tomo XIII, vol. 2, 1990.

II. Remedios

Cabeza Pereiro, J., y Rabanal, P.: *El recurso de reposición y súplica*, Pamplona, 2003.

Cavas Martínez, F., y Marín Marín, J.: «El recurso de revisión contra las decisiones del Secretario judicial en el proceso laboral», *AS*, n.º 6/2010.

Hoya Coromina, J., y Anaut Arredondo, S.: «Los recursos de reposición y apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 41/2000.

Lorenzo de Membiela, J. B.: «La regulación del recurso de reposición en la Ley de Procedimiento Laboral tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero de 2000», *REDT*, n.º 102/2000.

Muerza Esparza, J. J.: «Palabras y conceptos: el decreto y la revisión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 796/2010.

Pulido Quecedo, M.: «A propósito de actuaciones judiciales: ¿Cabe presentar escritos de recursos de reposición o de apelación por correo ordinario o con acuse de recibo?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 18/1998.

Sempere Navarro, A. V.: «Los recursos de reposición y de súplica tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *AS*, n.º 21/2000.

— «Sobre los recursos en el proceso laboral: el recurso de reposición», *AS*, vol. V.

— «Revisión de hechos probados al impugnar el recurso de suplicación», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 2/2006.

Zarzalejos Nieto, J. M.: «Sobre el recurso de reposición sin firma ni Letrado y su subsanación», *REDT*, n.º 50/1991.

III. Recursos

Baviera Puig, I.: «Derechos fundamentales y aportación de documentos en el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina», *REDT*, n.º 145/2010.

Cavas Martínez, F.: *Los recursos en el proceso laboral*, Murcia, 2010.

Charro Baena, P.: *Los motivos de la casación social común*, Pamplona, 2005.

Desdentado Bonete, A.: «Sobre la tramitación del recurso de queja, la subsanación de defectos procesales y el derecho a la tutela judicial», *REDT*, n.º 58/1993.

Diaz de Rábago Villar, M.: «Cuestiones prácticas del recurso de suplicación laboral», *AS*, n.º 13/2009.

— «El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal», *AS*, n.º 17/2003.

— «Novedades en materia de recursos y ejecuciones», *AS*, n.º 10/2012.

Doctor Sánchez-Migallón, R.: «Cuatro cuestiones críticas: actos preparatorios, pruebas, temeridad y suplicación», *AS*, n.º 10/2012.

Fernández Docampo, M. B.: «La eficacia revisora de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido en el recurso de suplicación», *AS*, n.º 13/2003.

Fuertes López, F. J.: «Del recurso de casación», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 20/2006.

García de Paredes, M. L.: «Guía de recursos de casación para unificación de doctrina», *AL*, n.º 41/2002.

López Barja de Quiroga, J.: *Recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma*, Pamplona, 2009.

Mercader Uguina, J. R.: «Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina», *RL*, n.º 18/2005.

Moliner Tamborero, G., y Sampedro Corral, M.: *El recurso de casación laboral (casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina)*, Valencia, 2009.

Molins García-Atance, J.: «Acceso al recurso de suplicación», *RL*, n.º 8/2008.

— *El recurso de suplicación. La revisión de los hechos probados*, Pamplona, 2005.

— «La problemática del recurso de casación para la unificación de doctrina», *RL*, n.º 13/2005.

Monteblanco Montesinos, S.: «Cuestiones previas al recurso de suplicación y casación», *IL*, n.º 11/2004.

Montero Aroca, J.: «Del recurso de suplicación», en *Comentarios a las leyes laborales. La nueva ley de Procedimiento Laboral*, tomo XIII, vol. 2, 1990.

Morón Palomino, M.: «Precisiones y significación constitucional del recurso de casación», *Diario La Ley* , n.º 6.129/2004.

Plaza Golvano, S.: *Depósitos y consignaciones para recurrir en el proceso laboral*, Valencia, 2002.

Rentero Jover, J.: «La queja laboral tras la nueva LECiv», *AS*, n.º 19/2000.

Rubio de Medina, M. D.: «El recurso de suplicación», *Biblioteca on line Bosch*, http//www.bob.bosch.laley.es, 2012.

— «El recurso de casación», *Biblioteca on line Bosch*, http//www.bob.bosch.laley.es, 2012.

— «Recursos contra providencias y autos. El recurso de revisión», *Biblioteca on line Bosch*, http//www.bob.bosch.laley.es, 2012.

Segalés Fidalgo, J.: «Legitimación individual de los trabajadores para interponer recurso de suplicación frente al auto extintivo concursal artículo 64 LC», *AS*, n.º 10/2007.

Sempere Navarro, A. V.: «A vueltas con la impugnación del recurso de suplicación y el eventual trámite de audiencia al recurrente», *AS*, n.º 5/2007.

— «Recursos frente a sentencias de suplicación incongruentes», *AS*, n.º 22/2003.

— «Cómputo del plazo para interponer el recurso de casación unificadora», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 31/2007.

— «Necesidad de fundamentar el recurso de casación por infracción sustantiva», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 32/2006.

IV. Impugnación de cosa juzgada

Bachmaier Winter, L.: «Efectividad de la citación del demandado, rebeldía y audiencia al rebelde en el proceso laboral», *REDT*, n.º 46/1991.

Burgos Herrera, E.: «Audiencia al demandado rebelde», *AS*, vol. I, 1998.

Cancio Fernández, R. C.: «Autos de aclaración y sentencias de las que traen causa: ¿Actuaciones jurisdiccionales única o discriminables?», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.os 9 y 10/2008.

Cardenal Carro, M.: *La revisión de Sentencias en la Jurisdicción Social*, Pamplona, 2003.

Casas Baamonde, M. E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», *RL*, n.º 2/2004.

Corbera Herreros, T.: «Despido improcedente + Recurso de suplicación + Readmisión irregular=Error judicial», *Boletín Aranzadi Laboral*, Parte Boletín, 2001.

Doig Diaz, Y.: «Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma», *Diario La Ley*, n.º 6.889/2008.

Garberí Llobregat, J.: «Doctrina general sobre el ámbito y límites del "recurso de aclaración"», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 583/2003.

García Rodríguez, B.: «La sentencia aclarada… y centrifugada», *AS*, n.º 6/2008.

Irureta; Jiménez y Porcar: «El error judicial y alcance del artículo 49.7 del Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, n.º 78/1996.

Luján Alcaraz, J.: «Fuerza ejecutiva de los acuerdos alcanzados en conciliación extrajudicial y cosa juzgada», *AS*, vol. III, 1997.

Miguel Martín, P. J.: «Procedimiento para la revisión de sentencias. Estudio pormenorizado de las disposiciones transitorias», *Diario La Ley*, tomo 4, 1996.

Molins García-Atance, J.: «Los límites de la cosa juzgada en el proceso social», *AS*, n.º 19/2006.

Quintana Pellicer, J.: «Recurso de Suplicación e Incidente de Nulidad de Actuaciones. Momento Procesal y Órgano Jurisdiccional adecuados para interponerlo», *TRS*, n.º 214/2008.

Richard González, M.: *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, Pamplona, 2008.

Rubio de Medina, M. D.: «De la audiencia al demandado rebelde», *Biblioteca on line Bosch*, http//www.bob.bosch.laley.es, 2012.

Sempere Navarro, A. V.: «Revisión de sentencia firme por falso testimonio», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 16/2008.

— «Revisión de Sentencia firme con base en acta de inspección posterior», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 8/2004.

Vacas García-Alós, L., y Martín Martín, G.: *De la nulidad de los actos judiciales*, Pamplona, 2008.

Valle Muñoz, F. A.: «La aclaración de la sentencia en el proceso laboral», *AS*, n.º 2/2005.

Vicente Palacios, A.: «De nuevo sobre la necesidad o no de que exista identidad subjetiva para la operatividad de los efectos positivos de la cosa juzgada», *AS*, n.º 22/2006.

CAPÍTULO 28:
PROCESO LABORAL DE EJECUCIÓN

La ejecución es una figura clásica del Derecho que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pero siempre con la misma finalidad de garantizar la justicia y la seguridad.

Actualmente está íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal modo que cuando una de las partes no acata las resoluciones firmes de los jueces y tribunales, es necesario que éstos en virtud del mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, las ejecuten forzosamente.

El proceso laboral no es ajeno a esta institución procesal hasta el punto de que la LJS le dedica un Libro entero, el IV. De ahí, que este último capítulo del Derecho Procesal del Trabajo se dedique a su estudio. Se empezará estudiando su concepto, del que se destacará su papel de proceso autónomo respecto al proceso de cognición, y a continuación sus notas características: la existencia de un título ejecutivo que documenta una obligación de una o varias personas frente a otras, la pretensión ejecutiva, el órgano judicial competente para conocer del proceso de ejecución, la legitimación y la posibilidad de la acumulación de ejecuciones. Asimismo se distinguirán los dos tipos de procesos ejecutivos previstos en la LJS: la ejecución definitiva y la ejecución provisional.

La ejecución definitiva tiene como finalidad lograr el exacto e integro cumplimiento de la obligación incorporada en el título ejecutivo. Éste puede tener carácter jurisdiccional, como son las sentencias firmes y de condena o de carácter no jurisdiccional, como son la conciliación judicial, la conciliación o mediación extrajudicial y los laudos arbitrales. Dentro de las ejecuciones definitivas se estudiarán, a su vez, las cuatro modalidades de ejecución: la ejecución dineraria, la ejecución no dineraria y los supuestos especiales de ejecución de las sentencias firmes de despido y las sentencias frente a los entes públicos.

Por último, se abordará la ejecución provisional, que se configura como una excepción a la regla general de que sólo se pueden ejecutar las sentencias firmes. No obstante, provisionalmente sólo se pueden ejecutar las sentencias, no otros títulos ejecutivos, mientras dure la tramitación del recurso contra las mismas. Esto tiene su razón de ser en el beneficio que se concede a los trabajadores por el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo. A su vez, dentro de las ejecuciones provisionales se estudiarán sus distintas modalidades: la de sentencias condenatorias al pago de cantidad; la de sentencias en materia de Seguridad Social; la de sentencias de despido y la de sentencias condenatorias recaídas en otros procesos.

I. CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO LABORAL DE EJECUCIÓN

1. Concepto y caracteres

La ejecución de sentencias se encuentra regulada en el Libro IV de la LJS, concretamente entre los artículos 237 a 305, en los que se establecen las especialidades del proceso laboral de ejecución con respecto a la forma prevista en la LEC, a la cual se hace una remisión expresa (art. 237.1 LJS). No obstante, esta remisión ha sido criticada por la doctrina por su inutilidad ya que en realidad el proceso laboral de ejecución se rige por lo dispuesto en el Libro IV de la LJS y cuando su regulación sea insuficiente por la LEC, por lo que hubiera bastado la regla general de la supletoriedad en lugar de la remisión expresa.

A) Concepto

La ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), correspondiendo a los jueces y tribunales no sólo juzgar sino también ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), por lo que en caso de incumplimiento de sus sentencias será necesario que hagan cumplir forzosamente lo juzgado (art. 9.1 CE) para que no constituyan una mera declaración de intenciones (STC 61/1992; 73/2000).

La ejecución se puede definir como aquel proceso (independiente del de cognición) mediante el cual los jueces y tribunales cumplen la función constitucionalmente encomendada de hacer ejecutar lo juzgado a través de una serie de actividades, tendentes a producir una modificación en el estado de cosas existente para acomodarlo a lo establecido en el título ejecutivo que sirve de fundamento a la pretensión de parte y a la actuación jurisdiccional.

B) Caracteres

Los elementos característicos del proceso de ejecución son los siguientes:

a) Existencia de un título ejecutivo

Es el presupuesto básico y necesario para la ejecución y se puede definir como el documento en el que se refleja la existencia de una obligación a la que una o varias personas están obligadas a hacer en beneficio de otra u otras que pueden exigir su cumplimiento.

Los títulos ejecutivos pueden ser de carácter judicial y no jurisdiccional. Entre los primeros se pueden citar a las sentencias firmes y de condena, que son el título ejecutivo por excelencia, los honorarios de los abogados, procuradores y graduados colegiados devengados en ejecución (art. 269.3 LJS) y las resoluciones firmes en las que se acuerde la ejecución provisional de una sentencia en caso de incumplimiento del reintegro de las cantidades percibidas (art. 293.1 LJS). Son títulos ejecutivos de carácter no jurisdiccional: la conciliación judicial, la conciliación o mediación extrajudicial y los laudos arbitrales.

Una de las novedades introducida por la LJS es la equiparación plena, a efectos de la ejecución definitiva, de todos los títulos ejecutivos laborales, tanto los constituidos con intervención judicial como los constituidos sin intervención judicial.

b) Pretensión ejecutiva

Es la petición que realiza una parte, ante el órgano jurisdiccional, frente a la otra a fin de obtener la efectividad del derecho reconocido en el título ejecutivo. No es preciso fundamentarla, dado que trae su causa en el título ejecutivo.

La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta (art. 241.1 LJS).

Frente a la parte que, requerida al efecto, dejare transcurrir injustificadamente el plazo concedido sin efectuar lo ordenado, y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el Secretario judicial, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que ejecute, podrá tras audiencia de las partes imponer apremios pecuniarios cuando ejecute obligaciones de dar, hacer o no hacer o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial. Para fijar la cuantía de dichos apremios se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendidas la ulterior conducta y la justificación que sobre aquellos extremos pudiera efectuar el apremiado. La cantidad fijada, que se ingresará en el Tesoro Público, no podrá exceder, por cada día de atraso en el cumplimiento, de la suma de trescientos euros (art. 241.2 LJS).

De la misma forma y con idénticos trámites, el órgano judicial podrá imponer multas coercitivas a quienes, no siendo parte en la ejecución, incumplan injustificadamente sus requerimientos tendentes a lograr la debida y completa ejecución de lo resuelto o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial (art. 241.3 LJS).

c) Órgano judicial competente

La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiera conocido el asunto en instancia (art. 237.2 LJS). Esta regla general sirve para la ejecución de aquellos títulos de carácter jurisdiccional, no obstante, para conocer de los títulos de carácter no jurisdiccional, será competente el juzgado en cuya circunscripción se hubiese constituido el título (art. 237.2, *in fine*, LJS).

d) Legitimación

La legitimación activa corresponde al acreedor del título ejecutivo y por tanto ha de ser éste el que inicie el proceso, salvo que se trate de procedimientos de oficio (art. 239.1 LJS), cuya ejecución se iniciará de oficio. Además, están legitimados los terceros, entendiendo por tales aquellos que no figuren como acreedores ni deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal (art. 240.1 LJS). Se consideran terceros: los trabajadores a quienes la ejecución puede causar perjuicios desproporcionados en la continuidad de la relación laboral (art. 244.3 LJS); el que invoque el dominio sobre los bienes embargados —tercería de dominio— (art. 260.1 LJS) y el que invoque un mejor derecho (art. 275.1 LJS). El FGS también podrá instar la ejecución en su condición de responsable legal subsidiario, cuando se subrogue en el crédito de los trabajadores al haber pagado las prestaciones antes del inicio de la ejecución.

La legitimación pasiva corresponderá a quienes figuren como deudores en el título ejecutivo y sus sucesores. En el supuesto de que los deudores sean entidades sin personalidad jurídica la ejecución se realizará frente a los que aparezcan como socios, partícipes, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico o frente a los trabajadores en nombre de la entidad, salvo que se trate de comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal (art. 240.3 LJS). Y en el supuesto de que sean varios los deudores, el acreedor podrá optar por la ejecución frente a uno, varios o frente a todos.

La LJS ha introducido la novedad de que el Ministerio Fiscal sea siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas (art. 240.4 LJS).

e) Acumulación de ejecuciones

Como regla general en la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos contra un mismo deudor, se podrá disponer la acumulación de oficio o a instancia de parte de los mismos, tanto si se tramitaran ante un mismo órgano judicial como si se siguen ante órganos judiciales distintos de la misma o distinta circunscripción (art. 36.1 y 2 LJS).

La acumulación será preceptiva cuando las acciones ejercitadas tiendan a obtener la entrega de una cantidad de dinero y existan indicios de que los bienes del deudor o deudores pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos que se ejecuten (art. 37.1 LJS).

Por el contrario, la acumulación será facultativa, en las ejecuciones dinerarias, cuando no haya indicios de insuficiencia de los bienes del deudor y en las demás ejecuciones dinerarias, cuando así lo impongan criterios de economía y de conexión entre las diversas obligaciones cuya ejecución se pretende (art. 37.2 LJS).

El órgano judicial competente para decretar la acumulación será el primero que ordenó el despacho de la ejecución (art. 38.1 LJS), excepto cuando ya se hubiese trabado embargo sobre la totalidad o mayor parte de los bienes del deudor común, en cuyo caso, será competente el órgano judicial que con prioridad trabó embargo sobre la totalidad o mayor parte de los referidos bienes (art. 38.2 LJS).

f) Cuestiones incidentales

Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días. Cuando la comparecencia se celebre ante el magistrado, se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 238 LJS).

El Auto resolutorio del incidente podrá ser recurrido en suplicación o casación, atendiendo al carácter de las cuestiones decididas y deberá expresar los hechos que estime probados (art. 238, párrafo 1.º, *in fine*, LJS).

g) Solicitud de la ejecución

La ejecución de las sentencias firmes se iniciará a instancia de parte, salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se iniciará de este modo (art. 239.1 LJS). Iniciada la ejecución, la misma se tramitará de oficio, dictándose al efecto las resoluciones necesarias (art. 239.3 LJS).

La LJS sistematiza de una manera más concisa los trámites de la ejecución de sentencia que la extinta LPL, estableciendo que podrá solicitarse la misma tan pronto la sentencia o resolución judicial ejecutable haya ganado firmeza o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible, mediante escrito del interesado, en el que, además de los datos identificativos de las partes, expresará (art. 239.2 LJS):

- Con carácter general, la clase de tutela ejecutiva que se pretende en relación con el título ejecutivo aducido.
- Tratándose de ejecuciones dinerarias, la cantidad líquida reclamada como principal, así como la que se estime para intereses de demora y costas.
- Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.
- Las medidas que proponga para llevar a debido efecto la ejecución.

En el caso de títulos extrajudiciales o de resoluciones dictadas por otro órgano jurisdiccional deberá acompañarse el testimonio de la resolución, con expresión de su firmeza, o la certificación del organismo administrativo, conciliador, mediador o arbitral correspondiente (art. 239.2, párrafo 2.º, LJS).

El órgano jurisdiccional despachará ejecución siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales. Contra el Auto que resuelva la solicitud de ejecución podrá interponerse recurso de reposición, alegando las posibles infracciones en que hubiera de incurrir la resolución y la oposición a la ejecución despachada aduciendo el pago, prescripción de la acción ejecutiva u otros hechos excluyentes de responsabilidad (art. 239.4 LJS).

h) Plazo para solicitar la ejecución

El plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda. Dicho plazo será de prescripción a todos los efectos (art. 243.1 LJS).

En todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año. No obstante, cuando se trate del pago de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, el plazo para instar la ejecución será el mismo que el fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción para el reconocimiento del derecho a la prestación de que se trate o será imprescriptible si dicho derecho tuviese este carácter en tales leyes. Si la Entidad Gestora o Colaboradora de la Seguridad Social hubiese procedido al pago de las prestaciones económicas de las que hayan sido declarada responsable la empresa, podrá instar la ejecución de la sentencia en el plazo de un año computable a partir de la fecha de pago por parte de la Entidad que hubiera anticipado la prestación (art. 243.2 LJS).

Iniciada la ejecución, podrá reiniciarse en cualquier momento mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute, incluso si las actuaciones hubieren sido archivadas por declaración de insolvencia provisional del ejecutado (art. 243.3 LJS).

i) Supuestos de suspensión de la ejecución

La ejecución únicamente podrá ser suspendida en los siguientes casos (art. 244.1 LJS):

- Cuando así lo establezca la Ley.
- A petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de tres meses, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio.

Suspendido o paralizado el proceso a petición o por causa imputable al ejecutante y transcurrido un mes sin que haya instado su continuación o transcurrido el plazo máximo de tres meses, el secretario judicial requerirá a éste a fin de que manifieste, en el término de cinco días, si la ejecución ha de seguir adelante y solicite lo que a su derecho convenga, con la advertencia de que transcurrido este último plazo se archivarán provisionalmente las actuaciones (art. 244.2 LJS).

j) Aplazamiento de la ejecución

Si el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a trabajadores dependientes del ejecutado perjuicios desproporcionados en relación a los que al ejecutante se derivarían del no cumplimiento exacto, por poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora, el secretario judicial, mediante decreto recurrible directamente en revisión, podrá, previa audiencia de los interesados y en las condiciones que establezca, conceder un aplazamiento por el tiempo imprescindible (art. 244.3 LJS).

El incumplimiento de las condiciones que se establezcan comportará, sin necesidad de declaración expresa ni de previo requerimiento, la pérdida del beneficio concedido (art. 244.4 LJS).

k) Reglas para la suspensión de la ejecución

Las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación, salvo en los casos expresamente previstos por Ley, no siendo necesario efectuar consignaciones para recurrirlas en suplicación o casación, excepto para recurrir el Auto resolutorio del incidente de no readmisión (art. 245.1 LJS).

No obstante, el órgano ejecutor podrá durante un mes, excepcionalmente prorrogable por otro, suspender cautelarmente, con o sin exigencia de fianza, la realización de los actos ejecutivos que pudieran producir un perjuicio de difícil reparación. Igual facultad tendrá la Sala que conozca del recurso interpuesto contra las resoluciones del órgano ejecutor y por el tiempo de tramitación del recurso (art. 245.2 LJS).

La suspensión o su denegación podrá ser modificada en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron conocerse al tiempo de haberse resuelto sobre la suspensión (art. 245.3 LJS).

l) Transacción de la ejecución

La LJS sigue prohibiendo, al igual que la extinta LPL, la renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador, sin embargo, a diferencia de la LPL, permite la transacción dentro de los límites establecidos en la Ley (art. 246.1 LJS), la cual deberá formalizarse mediante convenio, suscrito por todas las partes afectadas en la ejecución y sometido a homologación judicial para su validez, debiendo ser notificado, en su caso, al FGS (art. 246.2 LJS).

El convenio podrá consistir en (art. 246.3 LJS):

- En el aplazamiento o en la reducción de la deuda, o en ambas cosas a la vez, entendiéndose en tales casos que el incumplimiento de alguno de los plazos o de las obligaciones parciales acordadas, determina el fin del aplazamiento o el vencimiento de la totalidad de la obligación.
- En la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente de la obligación contenida en el título.
- En la determinación del modo de cumplimiento, en especial del pago efectivo de las deudas dinerarias.
- En la constitución de las garantías adicionales que procedan.
- En cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes.

El convenio transaccional será homologado por el órgano jurisdiccional mediante Auto, teniendo en cuenta el necesario equilibrio de las prestaciones y la igualdad entre las partes. Por el contrario, el convenio no será homologado cuando sea constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, en caso de fraude de ley o de abuso de derecho, o sea contrario al interés público, o afecte a materias que se encuentren fuera del poder de disposición de las partes (art. 246.4 LJS).

La ejecución continuará hasta que no se constate el total cumplimiento del convenio, siendo título ejecutivo la resolución de homologación del acuerdo en sustitución del título ejecutivo inicial (art. 246.4, *in fine*, LJS).

Contra el Auto por el que se apruebe la transacción en la ejecución cabe impugnación, la cual se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma y se regirá por lo dispuesto para la impugnación de la conciliación judicial (art. 246.5 LJS).

2. Clases de procesos laborales de ejecución

Existen distintos criterios para clasificar las distintas modalidades de ejecución laboral, no obstante, siguiendo lo establecido en el Libro IV de la LJS se pueden diferenciar dos grandes grupos de ejecución:

A) Ejecución definitiva

La ejecución definitiva presupone la firmeza de las sentencias o títulos jurídicos equiparados y objeto de ejecución. Dentro de la ejecución definitiva se pueden distinguir, a su vez, entre:

- Ejecuciones ordinarias:
  - Ejecuciones dinerarias.
  - Ejecuciones no dinerarias.
- Ejecuciones especiales:
  - De sentencias firmes de despido.
  - De sentencias frente a entes públicos.
  - De sentencias en conflictos colectivos y movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

B) Ejecución provisional

La ejecución provisional recae sobre títulos ejecutivos que no han ganado firmeza. Dentro de la ejecución provisional se puede distinguir la ejecución:

- De sentencias condenatorias al pago de cantidades.
- De sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social.
- De sentencias de despido.
- De sentencias recaídas en otros procesos.

II. EJECUCIÓN DEFINITIVA

1. Objeto y sujetos

A) Objeto

De una manera general se puede afirmar que el objeto del proceso de ejecución es lograr el exacto e íntegro cumplimiento de la obligación incorporada en el título ejecutivo.

a) Objeto de las ejecuciones dinerarias

La ejecución dineraria, regulada en los artículos 248 a 277 LJS, tiene por finalidad hacer efectivas las condenas del pago de una cantidad dineraria y también de las indemnizaciones por imposibilidad de cumplimiento de la sentencia y las de intereses legales, aunque en la sentencia que se ejecuta no se hubiese dispuesto nada sobre dichos intereses.

La ejecución dineraria tiene, pues, por objeto el embargo de los bienes del deudor; la valoración pericial de tales bienes; la realización forzosa de los bienes embargados y finalmente el pago al acreedor, si en dicha realización se obtuviese dinero suficiente.

a') Embargo de bienes

El embargo de bienes ha sido definido por la doctrina como aquella actividad jurisdiccional que se desarrolla en la ejecución mediante la que se persigue la individualización de bienes suficientes del patrimonio del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución, para proporcionar al acreedor una cantidad de dinero, bien directamente o bien a través de la realización de otros elementos patrimoniales susceptibles de convertirse en dinero.

El embargo de bienes es una actividad compleja constituida por una serie de actos que se suceden en el tiempo. Estos actos son los siguientes:

- La localización de bienes del ejecutado: La primera vía para la localización de bienes del ejecutado es su propia manifestación, a requerimiento del secretario judicial, acerca de sus bienes o derechos con el fin de garantizar sus responsabilidades (art. 249.1 LJS) y en caso de estar gravados con cargas reales, el ejecutado estará obligado a manifestar el importe del crédito garantizado y la parte pendiente de pago (art. 249.3 LJS). Si no existiesen bienes suficientes, el secretario judicial deberá dirigirse a los organismos y registros públicos a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos del deudor de los que tengan constancia (art. 250.1 LJS) y también podrá dirigirse a las entidades financieras o depositarias o de otras personas privadas que por razones de su actividad deban tener constancia de los bienes del ejecutado (art. 250.2 LJS).
- La selección de los bienes a embargar: La regla general es que dichos bienes se determinen de común acuerdo entre el acreedor y el deudor. En su defecto será el Tribunal el que decidirá los bienes a embargar teniendo en cuenta su mayor facilidad para su enajenación (art. 592.1 LEC) y en su caso, se procederá por el siguiente orden: dinero o cuentas corrientes, créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, títulos o valores cotizados en bolsa, joyas y objetos de arte, rentas en dinero, bienes muebles, acciones o títulos no cotizados en bolsa, bienes inmuebles, sueldos, salarios, pensiones procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas y créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo (art. 592 LEC).
- Afección o traba de dichos bienes: Una vez seleccionados los bienes se procede a la traba de los mismos por valor que no exceda de la cantidad por la que se haya despachado la ejecución (art. 584 LEC). El tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados, adquirido con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional social que conozca la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo (art. 260.1 LJS). La solicitud, a la que se acompañará el título en que se funde la pretensión, deberá formularse por el tercerista con una antelación a la fecha señalada para la celebración de la primera subasta no inferior a quince días (art. 260.2 LJS). Admitida la solicitud, el secretario judicial suspenderá las actuaciones relativas a la liquidación de los bienes discutidos hasta la resolución del incidente (art. 260.3 LJS).
- Aseguramiento del embargo: La traba de bienes debe estar asegurada mediante una serie de garantías que se mantendrán hasta que el derecho sea realizado (art. 259.1 LJS). Si se tratase de bienes inmuebles u otros bienes de inscripción registral la garantía a utilizar es la anotación preventiva del embargo. Si se tratase de dinero, el Juzgado aprehenderá dicho dinero y lo consignará en la cuenta del juzgado. Si se tratase de bienes muebles, se nombra un depositario de los mismos el cual retendrá la cosa afectada hasta que por el órgano judicial se disponga su entrega a una persona. Si se tratase de frutos o rentas se procederá a su administración e intervención judicial.

b') Valoración pericial de los bienes

Embargados los bienes, es preciso que se proceda a su tasación, antes de enajenarlos en pública subasta. Con la tasación se pretende conocer el precio del mercado de los bienes embargados, para ello el secretario judicial designará perito tasador entre los que presten servicio en la Administración de Justicia, o en su defecto podrá requerir la designación de persona idónea a las entidades obligadas legalmente a asumir la peritación (art. 261.1 LJS). También estarán obligados a asumir la peritación de los bienes embargados, el FGS y las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, cuando estén legitimados

para intervenir en el proceso, para lo cual designarán a la persona idónea, desde que se les requiera por el secretario judicial mediante decreto (art. 253.1 LJS).

Asimismo, las partes pueden intervenir designando un perito y también los terceros que tengan derechos sobre los bienes a tasar.

La operación de tasación se completará con la valoración de las cargas o gravámenes que debieran quedar subsistentes tras la venta o adjudicación judicial, para lo cual el secretario judicial con la colaboración pericial deducirá del importe real de los bienes la valoración de las cargas con el fin de determinar el justiprecio (art. 262 LJS).

c') Realización de los bienes embargados

La liquidación de los bienes embargados se podrá realizar por los siguientes procedimientos (art. 263.1 LJS):

- Por venta en entidad autorizada administrativamente o en las entidades previstas en la LEC, si así lo acordara el secretario judicial, cualquiera que fuere el valor de los bienes.
- Por subasta ante fedatario público en los términos que se establezcan reglamentariamente.
- Mediante subasta judicial, en los casos en que no se empleen los procedimientos anteriores.
- Por los demás procedimientos establecidos en la legislación procesal civil.

A pesar de los cuatro procedimientos previstos en la LJS, y el carácter subsidiario de la subasta judicial, lo cierto es que este último ha devenido en casi único, ante la inaplicabilidad de los otros.

La realización de los bienes embargados se ajustará a lo dispuesto en la legislación procesal civil (art. 264 LJS), regulando la LEC de forma separada la subasta de bienes muebles (arts. 634 a 654 LEC) de la de bienes inmuebles (arts. 655 a 676 LEC).

La subasta de bienes muebles se desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, y como fase previa a su inicio se forman lotes de bienes para facilitar su venta; se efectúa la convocatoria en la que podrán tomar parte cualquier persona, siempre que consigne una cantidad igual al 20 por 100 del valor de la tasación de bienes. También se pueden presentar posturas por escrito con anterioridad a la subasta, las cuales se abren una vez iniciada la subasta. En el supuesto de que las pujas no lleguen al 50 por 100 del evalúo, el ejecutado podrá, en el plazo de diez días, presentar un tercero que mejore la postura ofreciendo una cantidad superior al 50 por 100 de la tasación o si es mejor satisfaga el derecho del ejecutante. Transcurrido el plazo, sin que se presente tercero, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación de los bienes por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura. Si el ejecutante no hace uso de esta facultad se adjudicarán los bienes al mejor postor siempre que lo ofrecido sea superior al 30 por 100 del valor de la tasación, o siendo inferior, cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado la ejecución. Si no hay postor, los ejecutantes tendrán derecho a adjudicarse los bienes, en el plazo de diez días, por el 30 por 100 de su evalúo y si no hacen uso de ese derecho, se alzará el embargo (art. 264 LJS).

La subasta de bienes inmuebles se desarrolla de la siguiente manera: el anuncio de subasta se deberá realizar con veinte días de antelación y deben constar en el juzgado las certificaciones registrales o las titulaciones de los bienes a subastar. Pueden participar en la subasta cualquier persona, siempre que consigne el 30 por 100 del valor de tasación de los bienes. Si la mejor postura fuese igual o superior al 70 por 100 del valor por el que hubiese salido a subasta, el Juzgado, mediante auto, aprobará el remate a favor del mejor postor. Si la postura es inferior al 70 por 100 del evalúo, el ejecutado podrá presentar a un tercero, en el plazo de diez días, para que mejore la postura ofreciendo una cantidad superior al 50 por 100 del valor de tasación, o siendo inferior, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Transcurrido el plazo, sin que se presente tercero, el ejecutante podrá en el plazo de cinco días pedir la adjudicación de los bienes por el 70 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se

le deba por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura. Si el ejecutante no hace uso de esta facultad se adjudicarán los bienes al mejor postor siempre que lo ofrecido sea superior al 50 por 100 del valor de la tasación, o siendo inferior, cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado la ejecución. Si no hay postor, los ejecutantes tendrán derecho a adjudicarse los bienes, en el plazo de diez días, por el 30 por 100 de su evalúo y si no hacen uso de ese derecho, se alzará el embargo (art. 264 LJS).

d') Pago al acreedor

Una vez realizados los bienes embargados se procede al pago del acreedor o acreedores, culminado de esta manera la última fase del proceso de ejecución.

Por lo que respecta a la distribución de la cantidad obtenida se aplicará, por su orden, al pago del principal, intereses y costas una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas (art. 268.1 LJS), pudiéndose anticipar al pago del principal el abono de los gastos que necesariamente hubiere requerido la propia ejecución y el de los acreditados por terceros obligados a prestar la colaboración judicialmente requerida, siempre que el juez lo hubiere aprobado previamente (art. 268.2 LJS).

En el supuesto de estar acumuladas las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor y ser insuficientes los bienes embargados para satisfacer la totalidad de los créditos laborales, se aplicarán soluciones de proporcionalidad, con respeto, en todo caso, a las preferencias de créditos establecidas en las leyes (art. 270 LJS).

Entre los créditos concurrentes de igual grado, se repartirán proporcionalmente las cantidades obtenidas, sin tener en cuenta ningún tipo de prioridad temporal (art. 271.1 LJS). Si las cantidades obtenidas no son suficientes para cubrir la totalidad de los créditos, se procederá del siguiente modo (art. 271.2 LJS):

- Si ninguno de los acreedores concurrentes alegare preferencia para el cobro, el secretario judicial dispondrá la distribución proporcional de cantidades conforme se vayan obteniendo.
- Si alguno de ellos alega preferencia, podrán presentar los acreedores o requerírseles por el secretario judicial para que lo hagan, en el plazo que se les fije, una propuesta común de distribución.
  - En caso de no presentarse o de no coincidir las propuestas formuladas, el secretario judicial, en el plazo de cinco días, dictará decreto estableciendo provisionalmente los criterios de distribución y concretando las cantidades correspondientes a cada acreedor conforme a aquéllos (art. 271.3 LJS).
  - De la propuesta común o de la formulada por el secretario judicial, se dará traslado en su caso, a los acreedores no proponentes, al ejecutado y al Fondo de Garantía Salarial, para que manifiesten su conformidad o disconformidad en el plazo de tres días (art. 272.1 LJS). Si no se formulara oposición, el secretario judicial deberá aprobar la propuesta común presentada o se entenderá definitiva la distribución por él practicada. De formularse aquélla, se convocará a todos los interesados a una comparecencia, dándose traslado de los escritos presentados (art. 272.2 LJS).

e') Insolvencia empresarial

La situación de insolvencia empresarial se produce cuando el deudor no tiene bienes, o cuando teniéndolos, lo conseguido en su realización es insuficiente para cubrir la deuda. Esta situación de insolvencia está regulada en los artículos 276 y 277 LJS, como trámite previo para el abono por parte del FGS de las prestaciones a su cargo.

La declaración de insolvencia implica la cumplimentación de las siguientes reglas:

- Audiencia previa al FGS (art. 276.1 LJS).

- Decreto del secretario judicial declarando la insolvencia (art. 276.2 LJS).
- La declaración de insolvencia será base suficiente frente a otras ejecuciones (art. 276.3 LJS).
- Publicación en el registro correspondiente según la naturaleza de la entidad (art. 276.5 LJS).

b) Objeto de las ejecuciones no dinerarias

No todas las obligaciones se cumplen con la entrega de una cantidad de dinero, también existen obligaciones cuya esencia consiste en realizar una determinada conducta (obligaciones de hacer) o en su omisión (obligaciones de no hacer) o incluso en dar alguna cosa (obligaciones de dar).

Para la ejecución de estas obligaciones la LJS no ha previsto ningún procedimiento concreto, salvo que la ejecución se llevará a cabo en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta (art. 241.1 LJS), por lo que se tendrá que acudir a lo previsto en la LEC (art. 237.1 LJS).

Solicitada la ejecución, el órgano judicial requerirá al ejecutado para que dé cumplimiento a la obligación de hacer, no hacer o dar, señalándose plazo para ello (art. 699 LEC). Transcurrido el plazo, sin que se haya cumplido la obligación, el secretario judicial dará audiencia a las partes y podrá imponer los apremios pecuniarios (art. 241.2 LJS), que consisten en una medida conminatoria de carácter económico cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación que se ejecute.

- Si se trata de obligaciones de hacer, que no sean personalísimas, el secretario judicial dispondrá que se haga a su costa transformando la obligación por otra de entregar dinero. Si es personalísima se puede transformar por el resarcimiento de perjuicios (arts. 706 y 709 LEC).
- Si se trata de obligaciones de no hacer y dicha obligación no se cumple, la ejecución consistirá en una indemnización de daños y perjuicios o en suprimir lo mal hecho a costa del ejecutante (art. 710 LEC).
- Si se trata de una obligación de dar una cosa el ejecutante podrá instar del secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada, o en su caso, podrá acudir al resarcimiento de daños y perjuicios (art. 702 LEC).

c) Objeto de la ejecución de las sentencias de despido

Cuando el empresario haya optado por la readmisión del trabajador despedido, deberá comunicárselo por escrito, dentro de los diez días siguientes al de la notificación de la sentencia, dándole un plazo no inferior a tres días desde la recepción del escrito, para reincorporarse al trabajo, corriendo a cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión (art. 278 LJS).

Si el empresario no procediera a la readmisión, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, o a la que expire el plazo de diez días para su reincorporación, o a partir de la fecha en que se produjo la readmisión si se considerase irregular (art. 279.1 LJS). Se considerará readmisión irregular aquella que se produce modificando sustancialmente las condiciones de trabajo del trabajador (STS 27-12-13)En todo caso el ejercicio de la acción habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia, aunque en este caso no se devengan salarios de tramitación desde la fecha del último día de la solicitud de la ejecución del fallo, la expiración del plazo de diez días o a partir de la fecha en que se produjo la readmisión irregular y aquel en que se solicite la ejecución del fallo (art. 279.2 LJS), siendo todos los plazos de prescripción (art. 279.3 LJS).

Solicitada la ejecución del fallo, el juez competente dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. Seguidamente, el secretario señalará la vista del incidente dentro de los cinco días siguientes, citando de comparecencia a los interesados (art. 280 LJS).

En la comparecencia el juez examinará los hechos de la no readmisión o de la readmisión irregular (art. 281.1 LJS) y dentro de los tres días siguientes dictará Auto en el que, salvo que no quedase acreditada la no readmisión o readmisión irregular (art. 281.2 LJS):

- Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.
- Acordará que se abone al trabajador la indemnización legal de despido y en caso de que se opte por la readmisión a los salarios de tramitación y además en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades [Capítulo 14, II, 4, B)]. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto. Este apartado del artículo 281.2 LJS ha sido modificado por el artículo 25 LEMURMEL.
- Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución.

En el supuesto de que la sentencia declare la nulidad del despido o en el supuesto de que el trabajador despedido fuese delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y la sentencia declarara la improcedencia del mismo y optare por la readmisión (art. 282.1 LJS) , y ésta no se hubiese producido, el juez competente, previa solicitud del ejecutante y oídas las partes en comparecencia, dictará Auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma y acordará requerir al empresario para que reponga al trabajador en su puesto en el plazo de tres días, sin perjuicio de que se adopten, a instancia de parte, las medidas que más abajo se expondrán (art. 282.2 LJS).

Si a pesar del requerimiento judicial el empresario no procediera a la readmisión o lo hiciera en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido, el trabajador podrá acudir ante el Juzgado de lo Social, solicitando la ejecución regular del fallo, dentro de los veinte días siguientes al tercero que, como plazo máximo para la reincorporación, se ha dispuesto en el Auto del Juzgado (art. 283.1 LJS). El juez oirá a las partes en comparecencia y dictará nuevo Auto sobre si la readmisión se ha efectuado o no y, en su caso, si lo fue en debida forma. En el supuesto de que se estimara que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular, ordenará reponer al trabajador a su puesto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de dicha resolución, apercibiendo al empresario que, de no proceder a la reposición o de no hacerlo en debida forma, se adoptarán por el secretario judicial las medidas siguientes [arts. 283.2 y 284 LJS y Capítulo 14, II, 4, C)]:

- Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma. A tal fin, cumplimentará la autorización contenida en el auto despachando ejecución en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, haciéndose efectivas al trabajador con cargo a la misma las retribuciones que fueran venciendo, hasta que, una vez efectuada la readmisión en forma regular, acuerde la devolución al empresario del saldo existente en esa fecha.
- Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social, lo que pondrá en conocimiento de la entidad gestora o servicio común a los efectos procedentes.
- Que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advir-

tiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone la LISOS.

Cuando se acreditase la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará Auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir (art. 286.1 LJS). Iguales efectos extintivo y resarcitorio se establece en el supuesto del despido nulo por acoso laboral, sexual, por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, con la diferencia en este caso de que es la víctima del acoso la que podrá optar por la extinción y los efectos económicos aparejados (art. 286.2 LJS). Por último, cuando recaiga resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo de un mes (art. 285.1 LJS).

d) Objeto de la ejecución de sentencias frente a entes públicos

Las sentencias dictadas frente al Estado, Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entes públicos, deberán llevarse a efecto por la Administración o Entidad dentro del plazo de dos meses a partir de su firmeza, justificando el cumplimiento ante el órgano jurisdiccional dentro de dicho plazo. No obstante, la sentencia podrá fijar un plazo inferior cuando el de los dos meses pueda hacer ineficaz el pronunciamiento o causar un grave perjuicio (art. 287.1 LJS).

Trascurrido el plazo de dos meses, o en su caso, el plazo inferior fijado en la sentencia, la parte interesada podrá solicitar la ejecución de la misma (art. 287.2 LJS).

El órgano jurisdiccional, previo requerimiento de la Administración condenada por un nuevo plazo de un mes y citando, en su caso, de comparecencia a las partes, podrá decidir cuantas cuestiones se planteen en la ejecución, y especialmente las siguientes:

- Órgano administrativo y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones, pudiendo requerir a la Administración a tal efecto para que facilite la identidad de la autoridad o funcionario responsable del cumplimiento de la ejecutoria, al objeto de individualizar oportunamente las responsabilidades derivadas, incluidas las responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar, sin perjuicio de las comprobaciones de oficio que deban llevarse a cabo al respecto.
- Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran.
- Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.
- Medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, en los términos establecidos en la Ley.
- Cuando la Administración pública fuera condenada al pago de cantidad líquida, el devengo de intereses procederá conforme a lo dispuesto en la legislación presupuestaria, si bien en el supuesto de que hubiera sido necesario el ulterior requerimiento establecido en este apartado, la autoridad judicial, apreciando falta de diligencia en el incumplimiento, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar.

e) Objeto de la ejecución de sentencias en conflictos colectivos y supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula, movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo

La LJS ha introducido como novedad esta especialidad de ejecución de sentencias estimatorias de pretensiones de condena y susceptibles de ejecución individual, dentro de la ejecución definitiva. Su regulación, pues, se regirá por las reglas de ésta y con las especialidades siguientes (art. 247.1 LJS):

- El proceso de ejecución se iniciará mediante escrito por los sujetos legitimados.
- Están legitimados:
  - El empresario y los representantes legales o sindicales de los trabajadores en los conflictos de empresa o de ámbito inferior.
  - Las asociaciones patronales y los sindicatos afectados en los conflictos de ámbito superior a la empresa.
  - Los órganos unitarios de la empresa contra la que se interponga la ejecución, así como la empresa frente a la que se inste la misma, estarán legitimados en este proceso de ejecución aunque no hayan sido parte en el procedimiento previo de constitución del título ejecutivo.
  - ✦ Los sindicatos más representativos y los representativos, las asociaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores podrán personarse como partes en la ejecución, aunque no hayan sido parte en el procedimiento previo de constitución del título ejecutivo, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
  - El FGS será siempre parte en estos procesos.
- La tramitación de estas ejecuciones colectivas se regirán por el procedimiento siguiente:
  - El secretario judicial, comprobada la legitimación activa de los ejecutantes y que el título ejecutivo es susceptible de ejecución individual requerirá a la parte ejecutada para que, tratándose de ejecución pecuniaria, en el plazo de un mes, que podrá prorrogarse por otro mes, cuantifique de manera individual la deuda y proponga, en su caso, una fórmula de pago.
  - En caso de cumplimiento del requerimiento, el secretario judicial instará a la parte ejecutante para que manifieste su conformidad o disconformidad con la cuantificación de la deuda, así como sobre la propuesta de pago, en el plazo de un mes, que podrá prorrogarse por otro mes cuando lo requiera la complejidad del asunto. Si la parte ejecutante da su conformidad, en todo o en parte, sobre la cuantificación y la propuesta de pago, el secretario judicial documentará, en su caso, la avenencia en los extremos sobre los que exista conformidad, incluyéndose el abono de los intereses si procedieran, pero sin imposición de costas.
  - Si el ejecutado no cumple el requerimiento o se opone formalmente a la ejecución, en todo o en parte, en el término concedido, o de no aceptarse por la parte ejecutante, en todo o en parte, los datos proporcionados por aquél o su propuesta de pago, se seguirá el trámite incidental previsto en el artículo 238 LJS.
- El juez o Tribunal dictará Auto en el que, previa resolución de las causas de oposición que hubiere formulado la parte ejecutada, resolverá sobre si el título ejecutivo reconoce a los solicitantes como comprendidos en la condena y, en el caso de condena de cantidad, el importe líquido individualmente reconocido a su favor, dictándose, a continuación, la orden general de ejecución en los términos establecidos en esta Ley.
- Contra las resoluciones que se dicten cabrá interponer recurso de reposición, que no suspenderá su ejecución y no tendrá ulterior recurso.
- Los títulos ejecutivos de ámbito superior a la empresa se ejecutaran colectivamente empresa por empresa.
- Los sujetos que, pudiendo resultar beneficiados por el título ejecutivo, no quieran ejercitar su acción en el proceso de ejecución colectivo, podrán, en su caso, formularla individualmente a través del proceso declarativo que corresponda.

Debe hacerse constar que la suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo han sido incluidas en esta especialidad de sentencias por la modificación operada en el artículo 247.2 LJS por el artículo 25.2 LEMURMEL y los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula ha sido introducido por la modificación del artículo 247.2 LJS por el artículo 11.Dos del RDL-TAPMUES.

B) Sujetos

Los sujetos del proceso de ejecución vienen determinados en el título ejecutivo, ya que en él se establece el sujeto deudor y el sujeto acreedor de la obligación que documenta. Además de dichos sujetos tendrán derecho a intervenir en el proceso de ejecución, en condiciones de igualdad con las partes, los que aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución y también los sucesores de los acreedores o de los deudores, ya lo sean *mortis causa* o *inter vivos* (art. 240.1 LJS).

En la ejecución laboral existe, además, la previsión de que el FGS sea parte del proceso de ejecución, cuando hubiera hecho efectivas las prestaciones que legalmente le corresponden con anterioridad al inicio de la ejecución, subrogándose en los derechos y acciones de los trabajadores que figuren en el título ejecutivo. A tal fin deberá acreditarse de manera fehaciente el abono de las cantidades satisfechas y que éstas correspondan a las reconocidas en el título (art. 24.1 LJS).

También podrán comparecer en el proceso de ejecución laboral los representantes de los trabajadores de la empresa deudora en los supuestos en que el órgano judicial atendiendo a la cantidad objeto de apremio (art. 252 LJS) considerase comprometida la normal actividad de la empresa deudora.

Otra previsión en el proceso de ejecución laboral la constituye el cambio de titularidad del sujeto deudor como consecuencia de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la empresa, operada con posterioridad a la constitución del título ejecutivo, estando en estos casos plenamente admitida la subrogación en el propio proceso de ejecución (STS 25-1-2007) siempre que se haga a través de un trámite incidental, mediante comparecencia de las partes, con las alegaciones y pruebas que a su derecho convengan, y así se determine mediante auto, o en su caso por decreto dictado en el plazo de cinco días (art. 238 LJS).

Una peculiaridad del proceso de ejecución laboral la constituye la presencia de sindicatos, los cuales pueden actuar en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales (art. 20.1 LJS), por lo que no existe obstáculo para que puedan ser parte en el proceso de ejecución, incluso cuando no hayan intervenido en la fase previa a la constitución del título ejecutivo.

Por lo que se refiere a los terceros que aleguen un derecho o interés legítimo y personal, su intervención, más habitual, en el proceso de ejecución laboral consiste en la reclamación de la titularidad de los bienes embargados (tercería de dominio) o en la percepción del producto de la ejecución (tercería de mejor derecho).

- La tercería de dominio tiene por objeto la desafección del bien objeto de embargo en el proceso de ejecución. El tercero que considere que un bien de su propiedad ha sido embargado en una ejecución laboral, deberá plantear la oportuna tercería ante el órgano judicial que esté conociendo la ejecución, con una antelación mínima de quince días a la fecha de la celebración de la primera subasta (art. 260 LJS). La resolución del órgano judicial no producirá efectos fuera del proceso de ejecución, por lo que el tercero deberá acudir al proceso civil para resolver el dominio del bien objeto de discusión.
- La tercería de mejor derecho tiene como finalidad discutir las preferencias de los créditos para ser reintegrados con cargo al producto de los bienes embargados. La tercería puede plantearse en cualquier momento del proceso de ejecución, antes del pago al ejecutante, tramitándose por el incidente del artículo 238 LJS y ante el órgano judicial que esté conociendo la ejecución, sin que provoque la suspensión del proceso de ejecución.

2. Procedimiento

El procedimiento de ejecución laboral tiene como rasgos característicos los siguientes:

- Se iniciará a instancia de parte, salvo las ejecuciones que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se efectuará de este modo (art. 239.1 LJS), bastando la solicitud cuando se pretenda ejecutar una resolución judicial, mientras que en el caso de conciliación previa o laudo arbitral es necesario acompañar el título ejecutivo.
- El plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretende siendo de prescripción a todos los efectos (art. 243.1 LJS). En todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año (art. 243.2 LJS).
- La ejecución se llevará a cabo por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia, salvo en los supuestos en que en el título no hubiere mediado intervención judicial, en cuyo caso conocerá el juzgado en cuya circunscripción se hubiere constituido (art. 237.2 LJS).
- Iniciada la ejecución, la misma se tramitará de oficio, dictándose las resoluciones necesarias (art. 239.3 LJS) y no se interrumpirá la prescripción mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute, incluso aunque exista declaración de insolvencia provisional del ejecutado.
- La ejecución se despacha mediante auto (art. 239.4 LJS).
- Es necesario que se establezca la persona frente a quien se despacha y, en su caso, la naturaleza solidaria del apremio y además, debe precisar los actos a realizar, incluida la búsqueda y traba de bienes (art. 55.3 LEC).
- La cantidad por la que se despache ejecución en concepto provisional de intereses de demora y costas no excederá, para los primeros, del importe de los que se devengarían durante un año y, para las costas, del 10 por 100 de la cantidad objeto de apremio en concepto de principal (art. 251.1 LJS).
- La ejecución únicamente podrá ser suspendida en los siguientes supuestos (art. 244 LJS):
  - A petición del ejecutante, siempre que no derive de un procedimiento de oficio. En el caso de que la suspensión se prolongue más de un mes, el secretario requerirá al ejecutante para que en un plazo de cinco días manifieste si la ejecución debe seguir adelante, o en caso contrario de procederá al archivo de las actuaciones.
  - Cuando así lo establezca la ley:
    - Falsedad documental, una vez constituido el título (art. 4.4 LJS).
    - Perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 245.2 LJS).
    - Impugnación de sentencia a través de la audiencia al rebelde o revisión de sentencia firme.
- El procedimiento incidental (art. 238 LJS) está previsto para resolver las cuestiones que se susciten a lo largo del proceso de ejecución, tales como la sucesión de partes, suspensiones, aplazamientos, tercerías, impugnación de costas, no readmisión o readmisión irregular del trabajador. Este procedimiento se tramita dentro del proceso de ejecución, mediante comparecencia, en el plazo de cinco días, y se resuelve mediante auto en el plazo de tres días.
- La ejecución se llevará a efecto en los términos previstos en la sentencia (art. 241 LJS).
- El aseguramiento de la ejecución se realiza a través de los apremios pecuniarios (art. 241.2 LJS) y las multas coercitivas (art. 241.3 LJS).

- Los apremios pecuniarios se imponen al ejecutado cuando no ha cumplido dentro del plazo con la obligación establecida en el título. La cantidad del apremio se fijará teniendo en cuenta la capacidad económica del ejecutado, pero no podrá exceder, por cada día de atraso en el cumplimiento de la suma de trescientos euros.
- Las multas coercitivas se imponen a los terceros que incumplen los requerimientos judiciales y se rigen por las normas del apremio.

III. EJECUCIÓN PROVISIONAL

La ejecución provisional es un instrumento procesal que tiene como finalidad el conseguir que el trabajador perciba durante la tramitación de un recurso, una parte de lo que le ha sido concedido por la sentencia recurrida. Se trata, pues, de la ejecución de una sentencia que no tiene el carácter de firmeza. Se parte de la base de que la resolución judicial es ajustada a derecho y que la tramitación del recurso no puede perjudicar al favorecido por la sentencia. En suma, con la ejecución provisional laboral se persigue compensar la desigualdad existente entre las partes en el proceso laboral (STC 105/1997).

1. Reglas generales

La ejecución provisional es un proceso autónomo respecto al proceso principal (STC 234/1992 y 104/1994), que se diferencia de la ejecución definitiva, en que el título que le sirve de soporte no es firme. Pero además, la ejecución provisional solamente será posible respecto a sentencias, no respecto a otros títulos ejecutivos, como las conciliaciones y los laudos, en las que solo cabe la ejecución definitiva.

La ejecución provisional está regulada en los artículos 289 a 305, distinguiendo cuatro modalidades:

- De las sentencias condenatorias al pago de cantidades (arts. 289 a 293 LJS).
- De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (arts. 294 a 296 LJS).
- De las sentencias de despido (arts. 297 a 302 LJS).
- De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos (art. 303 LJS).

Además de las cuatro modalidades de ejecución provisional, de una manera muy escueta, en los artículos 304 y 305 LJS, se regulan las «normas comunes a la ejecución provisional».

- El órgano competente para decidir sobre la ejecución provisional será el juez que haya dictado la resolución que trata de ejecutarse provisionalmente (art. 304.1 LJS).
- El plazo para solicitar la ejecución provisional no está previsto legalmente, por lo que deberá solicitarse antes de que se resuelva el recurso contra la sentencia cuya ejecución provisional se pretende.
- Contra las resoluciones dictadas por el juez o Tribunal en ejecución provisional, sólo procederá el recurso de reposición, salvo cuando en el auto se adopte materialmente una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional o se declare la falta de jurisdicción o competencia del orden jurisdiccional social en que procederá recurso de suplicación o, en su caso, de casación ordinaria, conforme a las normas generales de tales recursos (art. 304.3 LJS).
- Contra las resoluciones dictadas por el secretario judicial en ejecución provisional procederá recurso de reposición, salvo que fueren directamente recurribles en revisión (art. 304.4 LJS).
- Las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil (art. 305 LJS).

2. Supuestos específicos de ejecución provisional

A) De las sentencias condenatorias al pago de cantidad

Cuando el trabajador tuviere a su favor una sentencia en la que se hubiere condenado al empresario al pago de una cantidad y se interpusiere recurso contra ella, tendrá derecho a obtener anticipos a cuenta de aquélla (art. 289.1 LJS). Son dos los presupuestos necesarios para la obtención del anticipo: una previa sentencia condenatoria y la interposición de un recurso frente a la misma.

El anticipo reintegrable tendrá las siguientes características:

- Estará garantizando por el Estado (art. 289.1 LJS).
- Alcanzará, como máximo hasta el 50 por 100 del importe de la cantidad reconocida en la sentencia, pudiendo abonarse en períodos temporales durante la tramitación del recurso, desde la fecha de la solicitud y hasta que recaiga sentencia definitiva o por cualquier causa quede firme la sentencia recurrida (art. 289.2 LJS).
- La cantidad no podrá exceder anualmente del doble del SMI, incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, vigente durante su devengo (art. 289.3 LJS).

La legitimación activa para solicitar la ejecución provisional corresponde al trabajador (art. 289.1 LJS), sin embargo, la expresión de que la ejecución provisional podrá instarse por la parte interesada (art. 290.1 LJS) ha planteado la duda doctrinal de si el empresario que haya obtenido un pronunciamiento favorable en una sentencia de condena, también está legitimado, al ser parte interesada y aplicarse supletoriamente la LEC. A pesar de existir algún pronunciamiento judicial en ese sentido (STS 25-6-1997), la doctrina considera que debe prevalecer la regulación específica de la LJS debido al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo.

El anticipo reintegrable se abonará de la siguiente manera:

- Si para recurrir la sentencia que provisionalmente se ejecute se hubiere efectuado consignación en metálico, mediante aval o por cualquier otro medio admitido, el secretario judicial dispondrá el anticipo con cargo a aquélla, garantizándose por el Estado la devolución al empresario, en su caso, de las cantidades que se abonen al trabajador (art. 290.2 LJS).
- Si el importe de la condena se hubiera garantizado mediante aval o por cualquier otro medio admitido, el secretario judicial, antes de disponer el anticipo, requerirá a la empresa para que, en el plazo de cuatro días, proceda a consignar en metálico la cantidad a anticipar, disponiendo, luego de acreditada la consignación, la devolución del aval o del correspondiente medio de garantía inicialmente constituido, contra entrega simultánea del nuevo aval o medio de garantía por la menor cuantía relicta. En este supuesto regirá igualmente la garantía por el Estado (art. 290.2, párrafo 2.º, LJS).
- De no haber sido preceptivo consignar para recurrir, el anticipo se abonará al trabajador directamente por el Estado. En este supuesto, el secretario judicial remitirá al organismo gestor testimonio suficiente de lo actuado y le requerirá para que en el plazo de diez días, efectúe el abono al trabajador (art. 290.3 LJS).

La sentencia cuya ejecución provisional se solicita puede ser confirmada, revocada o anulada generando una serie de efectos sobre la ejecución provisional:

- Si la sentencia impugnada es confirmada y, por lo tanto, queda firme, el trabajador tendrá derecho al percibo de la diferencia entre el importe de la condena y la cantidad anticipada, haciéndose efectiva con cargo a la consignación, si de ella se hubiera detraído el anticipo (art. 291.1 LJS). De haberse efectuado el anticipo por el Estado, el trabajador podrá reclamar la diferencia al empresario, y el Estado se subrogará en los derechos de aquél frente al empresario por el importe de la cantidad anticipada (art. 291.2 LJS).

- Si la sentencia impugnada fuera revocada por el Tribunal Superior y el trabajador resultare deudor en todo o en parte de la cantidad anticipada, habrá de reintegrar esta cantidad al empresario si se hubiera detraído el anticipo de la consignación, quedando en este caso el Estado responsable solidario con el trabajador respecto del empresario (art. 292.1 LJS). Cuando el Estado hubiera abonado directamente el anticipo podrá reclamar al trabajador el reintegro de la cantidad anticipada (art. 292.2 LJS).
  - Si se incumple la obligación de reintegro, será título bastante para iniciar la ejecución destinada a hacerla efectiva la resolución firme en que se acordaba la ejecución provisional junto con la certificación, librada por el secretario judicial o por el organismo gestor, en la que se determinaran las cantidades abonadas (art. 293.1 LJS).
  - Cuando la realización forzosa inmediata de la cantidad adeudada pudiera causar perjuicio grave al trabajador, el juez podrá conceder aplazamiento hasta por un año de la obligación de pago, adoptando las medidas de aseguramiento oportunas para garantizar la efectividad de la ejecución (art. 293.2 LJS).

B) De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social

En materia de Seguridad Social la LJS distingue dos supuestos: la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico y de pago único, y la ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer.

a) Sentencias condenatorias al pago de prestaciones

- Las sentencias recurridas, condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social, serán ejecutivas, quedando el condenado obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso (art. 294.1 LJS). La doctrina ha entendido que más que estar ante una situación de ejecución provisional se está ante la ejecutividad de una sentencia condenatoria por imperativo legal.
  - Por lo que a sus efectos se refiere si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia (art. 294.2 LJS).
- Si en la sentencia recurrida se hubiere condenado al demandado al pago de una prestación de pago único, el beneficiario tendrá derecho a solicitar su ejecución provisional y obtener anticipos a cuenta de aquélla (art. 295 LJS). Esta ejecución no se produce de manera automática, sino que será preciso que se haga una solicitud al juez, que deberá resolverla acordando lo que proceda, según la valoración de las circunstancias y se tramitarán conforme a lo establecido en la ejecución de sentencias de condena de abono de cantidades dinerarias.

b) Ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer

- Serán igualmente ejecutables provisionalmente, a petición del beneficiario, sin exigencia de fianza, las sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social (art. 296 LJS). A este respecto, será aplicable lo ya dicho para la ejecución de las sentencias condenatorias al pago de una prestación de pago único.

C) De las sentencias de despido

En los procesos de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo en los que la sentencia declare su improcedencia, si el empresario hubiera optado por la readmisión y se interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley ya sea por el empresario o por el propio trabajador [Capítulo 14, II, 4, B)], estará obligado mientras dure la tramitación del recurso (art. 297.1 LJS):

- A satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos.
- Y el trabajador continuará prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

Esa misma obligación la tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo (art. 297.2 LJS) [Capítulo 14, II, 4, C)] e igualmente, si el despido fuera declarado improcedente y el trabajador ostentase la representación legal de los trabajadores o la representación sindical y optase por la readmisión (art. 297.3 LJS). En todos los supuestos descritos se suspenderá el derecho del trabajador al percibo de la prestación de desempleo (art. 297.4 LJS).

La ejecución provisional se solicitará por el trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de exigir al empresario la reanudación en la prestación de servicios y el juez o la sala, oídas las partes, resolverá lo que proceda (art. 298 LJS). En el supuesto de que el trabajador, de manera injustificada, no cumpla el requerimiento del empresario para que se reincorpore a su puesto de trabajo, perderá el derecho al percibo del salario (art. 299 LJS).

Por otra parte, si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia (art. 300 LJS).

La LJS establece la previsión de que si no procediese la aplicación de las normas de ejecución provisional, por tratarse de un despido improcedente con opción de indemnización o un contrato temporal ya extinguido, se puedan conceder anticipos reintegrables —si concurren los presupuestos necesarios— cuando la sentencia recurrida declare la nulidad o improcedencia del despido o de las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo (art. 301 LJS).

Por último, en el supuesto de que el trabajador despedido fuese representante legal de los trabajadores o representante sindical y la sentencia declarara la nulidad o la improcedencia del despido, y optase por la readmisión, deberá garantizarse por el órgano judicial el ejercicio de las funciones representativas durante la sustanciación del recurso (art. 302 LJS).

D) De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos

Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, serán ejecutivas desde que se dicten, a pesar del recurso que contra ellas pudiera interponerse (art. 303 LJS).

El carácter usualmente declarativo de estas sentencias comporta la imposibilidad de su ejecución directa, dado que se ciñen a la interpretación general de una norma. En este caso, su incumplimiento voluntario por el demandado exige incoar un nuevo proceso a fin de obtener una resolución condenatoria y, por tanto, directamente ejecutable. No obstante, el nuevo artículo 160.3 LJS, recogiendo la doctrina constitucional al respecto (SSTC 92/1988 y 178/1996), prevé que la sentencia recaída en esta modalidad procesal pueda ser estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, en cuyo caso dicha resolución debe contener ciertos extremos que faciliten la posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena, especificando la repercusión directa

sobre estos del pronunciamiento y, si procede, la declaración de que los efectos procesales de la condena no se limitan a quienes hayan tenido la condición de parte en el proceso.

En las sentencias recaídas en procesos seguidos en impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y Seguridad Social podrá acordarse la ejecución provisional, salvo que la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación y en materia de prestaciones de Seguridad Social se estará a su normativa específica (art. 303.2 LJS).

Y por último, si una sentencia que acuerde la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, fuese recurrida por el empresario, aquél podrá optar entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia, quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario desde ese momento, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse. Si la sentencia fuera revocada, el empresario deberá comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de su notificación, la fecha de reincorporación, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito. Si el trabajador no se reincorporase quedará extinguido definitivamente el contrato y si el trabajador se incorporase el empresario vendrá obligado a abonarle los salarios devengados desde el momento de la notificación de la sentencia extintiva de la relación laboral hasta el momento de la readmisión, si la sentencia hubiese ganado firmeza, considerándose este período como de ocupación cotizada a efectos de la prestación de desempleo (art. 303.3 LJS).

BIBLIOGRAFÍA

I. Proceso laboral de ejecución

Andino Axpe, L. F.: «El contencioso en la ejecución social. Incidentes, intereses y costas», *Repertorio de Jurisprudencia*, vol. VI, 1999.

— «Novedades del proceso de ejecución laboral tras la Ley de Enjuiciamiento Civil», *AL*, n.os 7 y 8/2003.

Díaz Díaz, T. A., y Chiano, M. E.: *Ejecución de sentencias en Derecho laboral*, Madrid, 1998.

Garrido Palacios, J.: *La fase ejecutiva en el proceso laboral: problema derivados de la acumulación de ejecuciones.* Madrid 1999

Izquierdo Carbonero, F. J.: *La ejecución en el proceso laboral*, Barcelona, 2008.

Moliner Tamborero, G.: *Los recursos en el proceso laboral de ejecución.* Valencia 1996

Ortega Pinto, L. T.: «Novedades en el proceso de ejecución», *AS*, n.º 9/2012.

Rifé Fernández-Ramos, J. A.: *El proceso de ejecución laboral*, Murcia, 2010.

Ríos Salmerón, B.: «De la ejecución de sentencias», en *Comentarios a las leyes laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, tomo XIII, vol. 2, 1990.

Rubio de Medina, M. D.: «La ejecución de sentencias», *Biblioteca on line Bosch*, <http//www.bob.bosch.laley.es>, 2012.

Salinas Molina, F.: «Principios generales del proceso de ejecución laboral», en *La extinción del contrato de trabajo. El despido*, 1992.

VVAA: *La ejecución laboral*, Madrid, 2005.

II. Ejecución definitiva

Achón Bruñén, M. J.: «Cuestiones prácticas sobre la ejecución ordinaria o provisional de sentencias de condena no dineraria», *Diario La Ley*, n.º 5.765/2003.

Andino Axpe, L. F.: «La realización forzosa de los bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses», *Diario La Ley*, n.º 5.598/2002.

Barrio Calle, M. A.: «Depósito, tasación y realización de los bienes embargados en la ejecución laboral», *Diario La Ley*, tomo 1, 1992.

Bellón Molina, F. A.: «Carácter solidario de la obligación de pago de las costas en la ejecución laboral», *Diario La Ley*, tomo 3, 1999.

Burgos Herreros, E.: «Ejecución de sentencias firmes de despido. El salario regulador de indemnizaciones y salarios de tramitación», *AS*, vol. I, paráf. 14.

Ferrando García, F. M.: «Ejecución de sentencias: responsabilidad de los comuneros en caso de insolvencia de comunidad de bienes condenada: requisitos», *AS*, vol. II, paráf. 25, 1999.

López Balaguer, M.: *La ejecución de sentencias frente a entes públicos en el orden social*, Madrid, 2003.

López Gavilán, A.: «Tercería de mejor derecho. Orden jurisdiccional competente para conocer la prelación de créditos laborales cuando existe un procedimiento administrativo de apremio de la Tesorería General de la Seguridad Social (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996 y 23 de junio de 1997)», *Diario La Ley*, tomo 2, 1998.

Martínez de los Santos, A.: «La subasta judicial de bienes muebles en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Diario La Ley*, tomo 2, 2001.

Mazuelos Fernández Figueroa, M.: «El privilegio procesal de la ejecución separada del crédito salarial; un privilegio en inminente peligro de extinción», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 509/2001.

Ruano Albertos, S.: «Imposibilidad de ejecución específica: circunstancias asimilables a los supuestos previstos en el artículo 284 LJS», *AS*, n.º 2/2004.

VVAA: *El tercero en la ejecución laboral*, Madrid, 2002.

III. Ejecución Provisional

Blasco Pellicer, A.: «Grupos de sociedades y Derecho del trabajo: Problemática de la ejecución provisional de sentencias», *AL*, tomo 1, 1992.

Cancio Fernández, R. C.: «El incidente de no readmisión: aspectos procesales y limitaciones legales del debate», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 11/2002.

Casas Baamonde, M. E.; Cruz Villalón, J.; Durán López, F., y Pérez Pérez, M.: «Implicaciones constitucionales de la ejecución provisional de sentencias laborales», en *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*, 2006.

García-Rostán Calvín, G.: «La ejecución provisional de la sentencia en los procesos judiciales por despido», *AS*, n.º 2/2005.

González González, A.: «La ejecución provisional en el Proceso Laboral», *IL*, n.º 15, Jurisprudencia/2000.

Goñi Sein, J. L.: «La ejecución de sentencias dictadas en el proceso de conflictos colectivos. Comentario a la sentencia TSJ Madrid de 12 febrero 1991», *Diario La Ley*, tomo 4, 1991.

Lorenzo de Membiela, J. B.: «Títulos que habilitan la ejecución del despido acorde con la LECiv de 2000», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 1/2001.

Montero Aroca, J: *La ejecución provisional de sentencias en el proceso.* Valencia 1999.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: «El carácter autónomo de la ejecución provisional de las sentencias de despido», *RL*, tomo 1, 1994.

Ruiz Moreno, J. M.: *La ejecución provisional en el proceso laboral*, Pamplona, 1999.

Serrano García, M. J.: «El recurso de suplicación y los autos dictados en los procesos de ejecución provisional (Comentario a la STS 4.ª de 30 de abril de 2002)», *RL*, n.º 6/2003.

Sogorb Baraza, J.: «Reclamación al Estado del pago de los salarios de tramitación en juicios por despido. Límite temporal. Especial referencia al supuesto de sucesión empresarial declarada en trámite incidental de ejecución de sentencia», *AS*, vol. II, 1999.

ÍNDICE

El *Sistema de Derecho de la Protección Social* es una obra de continuidad y de renovación. De un lado, porque prosigue la tarea iniciada por los autores con el *Curso de Derecho de la Protección Social*. De otro, por cuanto la presente obra modifica parte del contenido de dicho *Curso*, revisándolo y actualizándolo. Así, presenta un indisociable y necesario entramado de relaciones con el *Sistema de Derecho del Trabajo*.

Tras una primera parte introductoria, el contenido se desarrolla en dos partes destinadas al examen de la protección social pública y privada, respectivamente. La explicación teórica del Derecho de la Protección Social se compagina con la interpretación y aplicación de textos jurídicos sobre esta materia, método óptimo y contrastado que sortea con progresivo éxito el permanente riesgo de transitar por la asignatura como mero consumidor y recitador de contenidos y no como activo y singular protagonista del propio aprendizaje